Der Schutz der Toten im Recht der Gegenwart.

Ein Beitrag zum deutschen Totenrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität in Breslau

vorgelegt von

Walter Tietz

Referendar in Berlin.

BRESLAU 1931.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

s. Breslau

Der Schutz der Toten im Recht der Gegenwart.

Ein Beitrag zum deutschen Totenrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität in Breslau

vorgelegt von

Walter Tietz

Referendar in Berlin.

BRESLAU 1931.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

27726

Referent: Professor Dr. Wegner.
Korreferent: Professor Dr. Nagler.

Gedruckt mit Genehmigung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung: Der Totenschutz als Rechtsaufgabe . . . . . 1—2

Erster Teil: Der zivilrechtliche Schutz der Toten . . . . . 3—55

I. Der Schutz der menschlichen Überreste . . . . . 3—39

1. Die Aufgabe dieses Schutzes: Privatrechtliche Bekämpfung pietätloser Behandlung des Leichnams 3

2. Lösung dieser Aufgabe durch eine rechtliche Sonderstellung des Leichnams . . . . . 4—39

A. Die verschiedenen Theorien über das Recht am Leichnam . 4—9

B. Die rechtliche Natur des Leichnams: Er ist kein Gegenstand und daher keine Sache . . . . . 9—17

C. Träger und Inhalt des Rechts am Leichnam . . . . 17—28

D. Grenzen des privatrechtlichen Schutzes der menschlichen Überreste . . . . . 28—39

II. Der Schutz des letzten Willens im Totenrecht . . . . . 39—50

1. Die Quelle zu rechtswirksamen Anordnungen über die Behandlung des eigenen Leichnams . . . . . 40—43

2. Inhalt und Umfang letztwilliger Anordnungen über das Schicksal des Leichnams . . . . . 43—44

A. Die Anordnung der Feuerbestattung . . . . . 43—44

B. Sonstige Anordnungen über Art und Ort der Beisetzung . 44

C. Grenzen der Verfügungsfreiheit 44

3. Rechtsnatur und Geltendmachung letztwilliger Anordnungen über das Schicksal des Leichnams . . . . . 44—47

4. Verfügungen über den Leichnam zugunsten einer Anatomie . . 47—50

III. Der Schutz des Grabes . . . . . 50—55

1. Die Rechtsverhältnisse an der Grabstätte selbst . . . . 51—52

2. Die Rechtsverhältnisse an den Totenbeigaben und an dem Grabschmuck . . . . . 52—53

3. Die sich auf Grund dieser Rechtsverhältnisse ergebenden Ansprüche zum Schutze des Grabes . . . . . 54—55

Zweiter Teil: Der strafrechtliche Schutz der Toten . . . . 55—85

I. Der Schutz des toten Körpers . . . . . 55—66

1. Der Schutz nach geltendem Recht . . . . . 55—65

A. Der Schutz des Leichnams . . . . . 55—60

B. Der Schutz der Leichenteile . . . . . 60—64

2. Der Schutz nach dem Entwurf . . . . . 65—66

II. Der Schutz des Grabes . . . . . 66—75

1. Der Schutz nach geltendem Recht . . . . . 66—73
A. Der Schutz durch § 168 StGB. . . . . 66—72
a) Beschädigung oder Zerstörung des Grabes . . . 69—71
b) Beschimpfender Unfug an einem Grabe . . . . 71—72
B. Der Schutz nach allgemeinen Bestimmungen . . . . 72—73
2. Der Schutz nach dem Entwurf . . . . . 73—75
III. Der Schutz der Ehre des Toten . . . . . 75—85
1. Der Schutz im geltenden materiellen Strafrecht . . . . 75—79
2. Kritik der dem geltenden Recht zu Grunde liegenden Auffassung 79—81
A. Der Begriff der Ehre . . . . . 79—81
B. Die Frage der Totenehre 81
3. Der Schutz nach dem Entwurf . . . . . 81—83
A. Die materiellrechtliche Regelung . . . . . 81—82
B. Das „Verlangensrecht“ . . . . . 82—83
4. Der Schutz im Strafprozeßrecht . . . . . 83—85
Dritter Teil: Der Schutz der Toten im Verwaltungsrecht . . . 85—92
I. Die Bestattungspflicht . . . . . 85—87
II. Der Schutz im Begräbnisrecht . . . . . 87—90
III. Der Schutz im Feuerbestattungsrecht . . . . . 90—91
IV. Die Möglichkeit eines sonstigen Schutzes durch die Polizei . 91—92
Schlußteil: Die geistigen Grundlagen eines rechtlichen „Schutzes der Toten“ . . . . . 92—97

Literatur.

Ahrens: „Der strafrechtliche Schutz des religiösen Gefühls im geltenden Recht“ in v. Lilienthal: Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 159.

Alvensleben: Die Rechtsverhältnisse am toten, menschlichen Körper. Diss. Greifswald 1909.

Bacharach: „Kriegsbeschädigte und künstliche Gliedmaßen“ in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. 1917. Seite 211 f.

Bekker: Grundbegriffe des Rechts und Mißgriffe der Gesetzgebung. 1910.
— System des heutigen Pandektenrechts. Bd. I. 1886.

Berner: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 18. Aufl. 1898.

Biermann: Sachenrecht. 3. Aufl. 1914.

Binder: „Vermögensrecht und Gegenstand“ im Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 34. Seite 209 f.

Binding: Die Normen und ihre Übertretung. Bd. I. 1872.
— Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Bd. I. 2. Aufl.

v. Blume: „Fragen des Totenrechts“ im Archiv für die Civilistische Praxis. Bd. 112. Seite 367 f.

Brunner: Das Friedhofs- und Bestattungsrecht. 1927.

v. Dassel: „Beitrag zu der Frage des Rechts an einem Leichnam und des Rechts über die Beerdigung und Ausgrabung einer Leiche zu bestimmen“ in Recht Bd. 12. Seite 410 f.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 6. Aufl. 1913. Bd. I.

Cramer: Die Behandlung des menschlichen Leichnams im Zivil- und Strafrecht. Züricher Diss. 1885.

Crome: System des Bürgerlichen Rechts. Bd. I. 1908. Bd. V. 1912.

Crusen: „Der strafrechtliche Schutz des Rechtsguts der Pietät“ in v. Liszt: Abhandlungen des krimin. Seminars. Berlin 1890.

Dernburg: Pandekten. Bd. I. 1900.
— Preußisches Privatrecht. Bd. I. 5. Aufl. 1899.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. III. Erste Hälfte. 8./9. Aufl. 1919.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Allgem. Teil. (Enneccerus) 18./21. Aufl. 1923 und Erbrecht (Kipp) 17./18. Aufl. 1926.

Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs. Reichstagsvorlage 1927 mit Begründung.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. 13. Aufl. 1927.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 17. Aufl. 1926.

Gareis: „Das Recht am menschlichen Körper“ in der Festgabe für Schirmer. 1900. Seite 61 f.
— „Über Rechtsverhältnisse an Begräbnisstätten“ in Seuff. Bl. Bd. 70. S. 308 f.
v. Gemmingen: Zur Lehre der Beleidigung Verstorbener. 1905.
Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht. 1922.
v. Gierecke: Deutsches Privatrecht. Bd. I. 1895.
Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht. 1881/87.
Hegemann: Der Leichnam im Rechtssystem. Diss. Erlangen 1912.
Hellmann: Vorträge über das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich. Allgem. Teil. 1897.
Henne: Rechtsverhältnisse hinsichtlich des Leichnams und seiner Aschenreste. Diss. Erlangen. 1928.
Hilse: „Testamentarische Anordnung der Feuerbestattung“ im Arch. f. Bürgerliches Recht. Bd. 26. Seite 361 f.
v. Holtzendorff: Handbuch des Deutschen Strafrechts. 1871.
Hölder: Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts. Erlangen 1881.
— Kommentar zum Allgem. Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.
Johnsen: Das Privatrecht der Leiche, zugleich ein kritischer Beitrag zur Lehre vom Recht am eigenen Körper. Glückstadt 1912.
Josef: „Praktische Fragen des Totenrechts“ in Gruch. Beitr. Bd. 65. Seite 304 f.
Kahl: „Religionsvergehen“ in Vergl. Darstellungen des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Bes. Teil. Bd. III.
Kipp-Windscheid: Lehrbuch der Pandekten. 9. Aufl. 1906.
Kissler: „Die Beschimpfung Verstorbener“ in v. Lilienthal: Strafrechtliche Abhandlungen. Heft 199. 1919.
Klusemann: Das Recht des Menschen an seinem Körper. Leipz. Diss. 1907.
Koch: Leichnam und Grab im Strafrecht. Rost. Diss. 1910.
Kohler: Bürgerliches Recht. Bd. III. 1915.
— Studien aus dem Strafrecht. Bd. I. 1890.
Köhler: Deutsches Strafrecht. Allgem. Teil. 1917.
Koppe: Das Recht am eigenen Körper. Diss. Erlangen 1907.
Kramer: Über das Recht in Bezug auf den menschlichen Körper. Berliner Diss. 1887.
Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Teil. 1899.
Kunkel: „Zur Lehre vom Rechte der Persönlichkeit“ in der Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern. 1907. Seite 314 f.
Landsberg: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. I. 1904.
Lassaly: „Die Rechtsverhältnisse am menschlichen Leichnam“ im Sächs. Arch. f. Rechtspflege 1921. Seite 178 f.
Leonhard: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. V. Erbrecht. 2. Aufl. 1912.
Lindemann-Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch. 1921.
Loening: „Die Feuerbestattung und das preuß. Recht“ in der DJZ. 1908. Seite 839.
Matthiaß: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I.

Merkel: Der Leichenraub. 1904.

— „Die rechtliche Natur des menschlichen Leichnams“ im Sächs. Arch. Bd. 14. Seite 677 f.

— Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1889.

Meyer-Allfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 8. Aufl. 1922.

Micelli: Der Begriff des Gewahrsams im Strafrecht 1906.

Misch: „Der strafrechtliche Schutz der Gefühle“ in v. Lilienthal: Strafrechtl. Abh. Heft 133.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. I. Allgem. Teil.

— zu dem Entwurf I eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund. Berlin 1869.

Oertmann: Aneignungen von Bestandteilen einer Leiche“ in der Leipz. Zeitschr. 1925. Seite 511 f.

— Bürgerliches Gesetzbuch. Allgem. Teil. 3. Aufl. 1927.

Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch. Bd. I. 11. Aufl. 1927.

Oppenhoff-Delius: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl. 1901.

Pfafflin: „Anordnung rechtskräftig geschiedener Personen über die Beerdigung eines gemeinschaftlichen minderjährigen Abkömmlings“ in der Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern. 1912. Seite 16 f.

Rausnitz: „Das Recht am menschlichen Leichnam und das Recht der Anatomie“ in Recht 1903. Seite 593 f.

Regelsberger: Pandekten. Bd. 1. 1893.

Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. I. Allgem. Teil. 1899.

Reichsgerichtsräte: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Bd. I. 4. Aufl. 1922 (zit.: Reichsgerichtsräte).

— (Ebermayer, Eichelbaum, Lobe, Rosenberg): Das Reichsstrafgesetzbuch. 4. Aufl. 1929 (zit.: Leipz. Komm.).

Rosenthal, Freymuth, Kamnitzer: Bürgerliches Gesetzbuch. 10. Aufl. 1923.

Sandheim: „Kann testamentarisch die Leichenverbrennung rechtswirksam angeordnet werden?“ in Recht Bd. 9. Seite 43.

Schreuer: „Der menschliche Körper und die Persönlichkeitsrechte“ in der Festg. f. Bergbohm. 1919. S. 242 f.

— „Das Recht der Toten“ in der Zeitschr. f. vergl. Rechtswissenschft. Bd. 33. S. 33 f.

Schultheis: Über die Möglichkeit von Privatrechtsverhältnissen am menschlichen Leichnam und Teilen desselben. Diss. Halle. 1888.

Schütze: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 2. Aufl. 1874.

Schwartz: Das Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich. 1914.

Schwarz: „Rechtssubjekt und Rechtszweck“ im Arch. f. Bürgerliches Recht. Bd. 32. Seite 12 f.

v. Sczaniecki: „Vom Recht am Leichnam des Gefallenen“ in Recht 1916. Sp. 419.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. 1926.
Sohm: Der Gegenstand. 1905.
Specker: „Die Persönlichkeitsrechte“ in den Züricher Beiträgen zur Rechtswissenschaft. Aarau 1911.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I. Allgem. Teil. (Riezler) 9. Aufl.
Tobias: „Eigentumserwerb durch Verbindung“ im Archiv f. d. Ziv. Praxis. Bd. 94, Seite 384 f.
Vangerow: Pandekten Bd. I. 7. Aufl. 1863.
Völckers: „Vom Recht am Leichnam des Gefallenen“ in Recht 1916. Sp. 250/1.
Wachenfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1914.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. I. 1930.
Weise: „Das sächsische Anatomiegesetz“ in DJZ. 1912. Seite 1292.
Weyl: Vorträge über das BGB. für Praktiker. Bd. I.
Zitelmann: Bürgerliches Recht. Allgem. Teil. 1900.

Außerdem Entscheidungen und kleinere Artikel aus:

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ.).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt.).
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (OLG. E.).
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte (Seuff. Arch.).
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts (KGJ.).
Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts (OVG.).
Entscheidungen des Obertribunals (Entsch. d. Preuß. Obertribunals).
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (Seuff. Bl.).
Sächsisches Archiv für Rechtspflege (Sächs. Arch.).
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Leipz. Zeitschr.).
Juristische Wochenschrift (JW.).
Deutsche Juristenzeitung (DJZ.).
Das Recht (Recht).
Goltdammers Archiv für Strafrecht (Goltd. Arch.).
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern).
Gerichtssaal.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Gruch. Beitr.).

Einleitung.

Der Totenschutz als Rechtsaufgabe.

Das Gefühl der Totenachtung ist so alt wie die Menschheit selbst. Schon vor über 100 000 Jahren, als die Vorfahren des heutigen Menschengeschlechts noch ganz anders gestaltet waren, finden wir Zeichen der Totenverehrung[1]). Die Überreste des in dieser grauen Vorzeit lebenden Urmenschen sind so würdig bestattet, daß man von einem regelrechten Totenkult sprechen kann.

Denn der Tod ist erstes Kulturerlebnis, und damit erstes Menschheitserlaubnis überhaupt. Der Urmensch suchte nach einer Erklärung. Er versuchte, sie aus seiner Gefühlswelt zu schöpfen: so entstanden Glaube und Religion, und er wollte sie in seinem Verstandesleben finden: so entstand die Philosophie, und damit die Wissenschaft. So ist das Nachdenken über den Tod der Ausgangspunkt menschlicher Kultur.

Trotz aller Erklärungsversuche blieb aber das geheimnisvolle Dunkel, das über dem Tode waltete. Auf dieses Grauen vor unbekannten Mächten, und später wohl auch aus Angst vor der Rache des Toten, an dessen Wiederkehr man — wie die Totenbeigaben beweisen — schon früh glaubte, ist das Gefühl zurückzuführen, daß man die Toten ehren müsse. Den Ursprung dieses Gefühls auf rechtlichem Gebiet zu suchen, scheint mir nicht den Verhältnissen gerecht zu werden[2]).

Das Pietätsgefühl ist also aus dem Erlebnis des Todes erwachsen. Daher hat es sich im Wandel der Zeiten, Völker und Religionen erhalten. Es wurzelt tief im Menschengeschlecht und ist wesentlicher und selbstverständlicher Inhalt jeder Kultur.

Denn es rechtfertigt sich nicht nur durch seine Jahrtausende alte Tradition, es gründet sich auch auf die Überlegung. Der Gedanke an das, was wir den Toten verdanken, verpflichtet uns zu

---

[1]) Vgl. O. Hauser: Der Mensch vor 100 000 Jahren, S. 81 f.

[2]) Gl. Meinung: Schwerin in Seufferts Bl. Bd. 70, S. 660/61.

dankbarem Angedenken. Die äußere Welt, die wir schauen, beruht auf der Arbeit der vorhergegangenen Generation, sie ist das Werk der Toten; und die innere, geistige Welt, die wir in uns tragen, ist im wesentlichen das Ergebnis ihrer Erfahrung, ihres Denkens. Ja schließlich verdanken wir ihnen alles: unsere Existenz.

Das Pietätsgefühl lebt nicht nur im einzelnen, sondern in der Allgemeinheit, und stellt sich daher als ein öffentliches Interesse dar. Es fordert Schutz der Toten in jeder Form: ihrer Überreste, ihres Willens und Andenkens[3]). Ist es nun aber auch Aufgabe des Rechts, die Wahrung der Pietät im Wege der Gesetzgebung zu regeln? Ich meine, das sollte keine Frage sein! Denn — wie gezeigt — handelt es sich hier um ein starkes, in jedem Kulturmenschen lebendiges Gefühl voller Tradition, das hohen religiösen und ethischen Gehalt für sich in Anspruch nehmen kann und deshalb des Rechtsschutzes würdig ist.

Aber es ist des Rechtsschutzes nicht nur würdig, es ist auch dessen bedürftig. Recht und Gesetz sind immer da notwendig geworden, wo es galt den Schwachen zu schützen. Wer bedarf aber dann des Schutzes mehr als die Toten?

Wenn sich trotzdem ein Mangel diesbezüglicher Rechtsnormen herausstellt, so liegt der Grund darin, daß unser Recht ein Recht der Lebenden ist. Ihre kollidierenden Interessen regelt es, und auch nur insoweit, als es für ein geordnetes Zusammenleben unbedingt erforderlich ist. Diese Tatsache liegt in der natürlichen Entwicklung des Rechts begründet. Zuerst schützt die Gesetzgebung Leib und Leben, dann das Vermögen: zunächst dient der Rechtsschutz den materiellen Interessen. Dennoch sind die immateriellen nicht weniger bedeutsam. Ja, eine Verletzung des Pietätsgefühls wird oft als viel verachtenswerter empfunden als eine Verletzung des Vermögens. Soweit man also das Recht als Mittel zur Verwirklichung ethischer Forderungen ansieht, muß das Pietätsgefühl auch rechtliche Berücksichtigung finden. Und vor allem sollte in jedem Kulturstaat der Totenschutz als eine der vornehmsten Aufgaben der Gesetzgebung gelten!

---

[3]) Ob man hier tatsächlich von einem Schutz „der Toten" sprechen kann, wird an anderer Stelle erörtert (vgl. S. 96).

ERSTER TEIL.

Der zivilrechtliche Schutz der Toten.

I. Der Schutz der menschlichen Überreste.

Wenn man vom Schutz der Toten spricht, so meint man damit gewöhnlich den Schutz des Leichnams. Denn ebenso wie sich der lebende Mensch in seinem Körper darstellt, ist der Tote für uns sein Leichnam. In der Tat ist der Schutz des toten menschlichen Körpers eine wesentliche, wenn auch nicht die einzige Art des Totenschutzes. Welche Aufgaben hat nun der privatrechtliche Schutz des Leichnams zu erfüllen?

In der Einleitung wurde festgestellt, daß als rechtliche Quelle des Totenschutzes das Pietätsgefühl anzusehen ist. Daraus ergibt sich zunächst allgemein die Aufgabe dahin, auf zivilrechtlichem Wege den Leichnam vor pietätloser Behandlung zu bewahren. Als Pietätsverletzung wird alles zu betrachten sein, was den Leichnam der Totenruhe entzieht oder die Totenruhe stört. Denn nach allgemeiner religiöser und ethischer Auffassung soll diese dem Verstorbenen durch würdige Beisetzung — sei es nun in Form der Beerdigung oder der Verbrennung — gewährt werden. Es wird also zu verhindern sein, daß die menschlichen Überreste zum Gegenstand des Rechtsverkehrs oder gar des Handels werden, daß sie insbesondere nicht verkauft, gepfändet oder verpfändet werden können.

Wie ist nun diese Aufgabe im geltenden Recht gelöst, welche Rechtsverhältnisse sind am Leichnam möglich? Diese Fragen haben die Rechtswelt seit langer Zeit beschäftigt und eine reiche Literatur gezeitigt. Denn es fehlt hier vollkommen an besonderen zivilrechtlichen Vorschriften, und die strafrechtlichen Bestimmungen geben ebenfalls keinen sicheren Aufschluß. So können die maßgebenden Rechtssätze nur aus dem Rechtssystem als Ganzem gefunden werden. Da es sich hier überdies um besonders schwierige Rechtsfragen handelt, die teilweise auch durch rechtsphilosophische Gedanken beeinflußt werden, kann es nicht weiter verwunderlich erscheinen, daß hier die Meinungen weit auseinandergehen. Man

kann wohl sagen, daß alle überhaupt möglichen Theorien vertreten sind, oder wenigstens vertreten waren. Und es läßt sich nicht feststellen, daß in dem langen Streit der Meinungen eine Theorie sich schließlich als die herrschende Lehre durchgesetzt hätte.

Gemeinsam ist allen Theorien, daß der Schutz des Leichnams durch eine rechtliche Sonderstellung erreicht wird. Jedoch gehen die Ansichten im übrigen wesentlich auseinander.

Im folgenden sollen die wichtigsten Lehrmeinungen über die Rechtsnatur des Leichnams zunächst ihrem Inhalt nach kurz wiedergegeben werden. Im Anschluß daran soll dann das Problem unter Würdigung dieser Ansichten erörtert werden.

Die Theorien lassen sich zunächst allgemein unter dem Gesichtspunkt ordnen, ob sie den Leichnam als Sache im Rechtssinne anerkennen oder nicht. Bei denjenigen, die die Sacheigenschaft des Leichnams bejahen, kann dann weiter unterschieden werden zwischen denen, die den Leichnam für eine eigentumsfähige Sache erklären, und denen, die ein Eigentum am Leichnam ablehnen.

Die verschiedenen Auffassungen, die letzten Endes auch als Niederschlag idealistischer oder materialistischer Weltanschauung zu betrachten sind [4]), werden dem oben als Aufgabe des Totenschutzes gekennzeichnetem Zweck naturgemäß mehr oder weniger gerecht. Am wenigsten Schutz gewähren die Theorien, die in dem Leichnam eine verkehrs- und eigentumsfähige Sache erblicken.

Die früher mehrfach vertretene [5]), dann aber fast allgemein abgelehnte Ansicht, daß der menschliche Körper im Augenblick des Todes in das Eigentum der Erben falle, hat neuerdings in Oertmann [6]) einen eifrigen Verfechter gefunden. Die Sacheigenschaft wird seiner Ansicht nach dadurch begründet, daß der Leichnam körperlicher Gegenstand und nicht mehr Teil einer Persönlichkeit ist. Das Erbeneigentum wird einerseits aus § 1968 BGB. (Verpflichtung zur Tragung der Beerdigungskosten) gefolgert, andererseits rückwärts daraus geschlossen, daß sonst die Aneignungen Unberechtigter an Leichen und Leichenteilen nicht privatrechtlich bekämpft [7]),

---

[4]) Vgl. Schreuer: Festg. f. Bergbohm, S. 242 f.

[5]) Landsberg, S. 140; Bekker: Pandekten, S. 331; Sandheim: Recht Bd. 9, S. 43.

[6]) Allgem. Teil, S. 259.

[7]) Vgl. insbesondere Leipz. Zeitschr. 1925, S. 511 f.

und Verfügungen über den eigenen künftigen Leichnam nicht durchgeführt werden könnten.

Eine ähnliche Auffassung vertritt Kramer[8]), der unbeerdigte, und in Verkehr gekommene Leichen als gewöhnliche, eigentumsfähige Sachen ansieht, während er für beerdigte Leichen die jetzt allgemein als dem BGB. wesensfremd abgelehnte Theorie der res extra commercium anwendet, die sonst jetzt wohl nur noch von Fischer-Henle[9]) vertreten wird.

Andere Schriftsteller, wie Schwerin[10]), erklären dagegen den Leichnam für eine herrenlose verkehrsfähige Sache. Die Sacheigenschaft ist nach seiner Ansicht dadurch begründet, daß der Leichnam ein vernunftloser körperlicher Gegenstand ist[11]). Er gibt den gesetzlichen Erben ein dem Privatrecht angehörendes Aneignungsrecht, sowie ein Recht auf den Besitz, den sie mit den possessorischen Ansprüchen verteidigen können[12]). Durch Aneignung erwerben sie dann Eigentum, das sie innerhalb der Grenzen des § 138 BGB. übertragen können[13]). Eigen Eigentumserwerb gemäß § 950 BGB. hält er in manchen Fällen für möglich[14]). Zu dem gleichen Ergebnis kommt Lassaly[15]), allerdings mit einer anderen Begründung. Er behauptet, der lebende Mensch habe ein Aneignungsrecht an den Gliedern seines Körpers, sobald die Sacheigenschaft durch Abtrennung herbeigeführt sei. Dieses Aneignungsrecht habe der lebende Mensch genau so an seinem ganzen Körper, sobald dieser durch den Tod zur Sache geworden sei. Wenn dieses Recht auch durch den Berechtigten niemals selbst ausgeübt werden könne, so sei es doch ein übertragbares Vermögensrecht, das demgemäß auf die Erben überginge.

Hellmann[16]) erklärt ohne weitere Begründung, der Leichnam sei „zweifellos eine Sache" und zwar, „da im Augenblick des Todes

---

[8]) S. 47.
[9]) Anm. 3 zu § 90 S. 50, dagegen vgl. aber Motive z. B. G. B. Bd. III, S. 26.
[10]) S. 664.
[11]) S. 658 f.
[12]) S. 665, ebenso Hegemann S. 36.
[13]) S. 665.
[14]) S. 668.
[15]) S. 183.
[16]) S. 33.

niemand Eigentum erwerbe", eine herrenlose Sache. Okkupation sei möglich, soweit sie nicht durch öffentlichrechtliche Bestattungspflicht verboten sei. Durch Okkupation entstehe Eigentum des Okkupanten. Die Okkupation sei denen gestattet, zu deren Gunsten der Verstorbene zu wissenschaftlichen Zwecken verfügt habe, sowie denjenigen, denen die Erben die Okkupation erlaubt hätten. Woher diese Befugnis der Erben stammt, wird allerdings nicht gesagt.

Neben den genannten Schriftstellern erklären noch Dernburg [17]), v. Dassel [18]), Johnsen [19]), Klusemann [20]) und Hegemann [21]) den Leichnam für eine herrenlose Sache.

Im Gegensatz zu dieser Auffassung halten viele die Annahme eines Eigentums am menschlichen Leichnam aus Gründen der Sitte und der Pietät für unmöglich, erkennen jedoch seine Sacheigenschaft ausdrücklich an. Sie billigen Erben oder Hinterbliebenen an Stelle des Eigentums ein beschränktes Verfügungsrecht zu, über dessen Wesen und Inhalt allerdings Meinungsverschiedenheit herrscht.

Manche von ihnen begnügen sich mit der Feststellung, daß der menschliche Leichnam zwar Sache, aber dem Verkehr entzogen sei [22]).

Planck [23]) hält den menschlichen Leichnam für eine herrenlose Sache, an der jedoch kein Eigentum begründet werden kann. Er glaubt an ein Verfügungsrecht der Erben, das allerdings durch § 138 BGB. sowie die Vorschriften des öffentlichen Rechts beschränkt ist. Dieses Recht stehe den Erben deshalb zu, weil „für ein Recht der Hinterbliebenen oder Familienangehörigen als solchen das geltende Recht keinen Anhalt biete".

Die gleiche Ansicht vertritt Hölder [24]) mit der Änderung, daß er die Einräumung von Eigentum durch Verfügung von Todes wegen

---

[17]) Bürgerl. Recht Bd. 3, § 1 Nr. 5.

[18]) Recht Bd. 12 S. 411.

[19]) S. 22, 23. Er beschränkt die Befugnis zur Aneignung auf Anatomien (S. 63 f.) und erkennt auf Grund von § 168 StGB. sonst nur Besitz an einer Leiche an (S. 70).

[20]) S. 42.

[21]) S. 27, 30.

[22]) So Biermann, Vorbem. 2 c S. 2, Reichsgerichtsräte Anm. 1 zu § 90 S. 92; ähnlich Enneccerus, Allgem. T. § 114, I, 1, S. 288 f.; Rosenthal, Anh. 2, I zu § 90.

[23]) Anm. 2 a zu § 90 S. 172, ähnlich Alvensleben S. 48.

[24]) Anm. 2 b zu § 90 S. 204 f.

oder unter Lebenden dann für möglich hält, wenn sie zu wissenschaftlichen Zwecken erfolgt.

Ähnlich ist die Auffassung Staudingers[25]), der ein „Bewahrungsrecht" an dem Leichnam annimmt. Die Träger dieses Rechts sollen sich nach Gewohnheitsrecht bestimmen, in Ermangelung eines solchen sollen es die Erben sein[26]).

Am bemerkenswertesten von den Theorien, die den menschlichen Leichnam als Sache bezeichnen, scheinen mir die von v. Blume und Gareis zu sein.

v. Blume[27]) weist zunächst darauf hin, daß der Tote nicht mehr Mitglied der menschlichen Gesellschaft sei und deshalb keinen Anteil mehr am Recht habe. Der Tote habe kein Interesse mehr. Der Leichnam sei deshalb nur als Gegenstand von Rechten zu betrachten, da — dies sei allerdings zweifelhaft — jeder der menschlichen Herrschaft unterworfene körperliche Gegenstand Sache sei, gleichgültig, ob die Rechtsform dieser Herrschaft Eigentum sei oder nicht[28]).

Ein Eigentum am Leichnam lehnt v. Blume ausdrücklich ab, da ein am Leichnam bestehendes Recht jedenfalls nicht den Vorteil des Berechtigten bezwecke[29]). Das Recht am Leichnam sei vielmehr ein ausschließliches Recht, das den Familienangehörigen zustehe[30]). Denn das zu schützende Interesse sei ein Familieninteresse. Dieses „Familienrecht der Totenfürsorge" beruhe auf Gewohnheitsrecht und habe zum Inhalt die Befugnis, über den Leichnam zum Zwecke angemessener Bestattung zu verfügen und Einwirkungen Unberechtigter auszuschließen. Der Inhaber des Rechts sei jedoch auch zum Besitz — soweit er diesen zur Bestattung benötige — berechtigt und könne (analog § 1632 BGB.) die Herausgabe der Leiche verlangen, sowie auf Unterlassung klagen[31]).

---

[25]) Anm. 3 zu § 90 S. 350.

[26]) Vgl. die Ansichten von Hegemann S. 32, der ein „Besitzrecht", und Kuhlenbeck (Pandekten: zu § 99 Nr. 3), der ein Individualrecht der Erben annimmt.

[27]) S. 370.

[28]) S. 375.

[29]) S. 377.

[30]) S. 390 f.

[31]) S. 396.

Gareis[32]) geht von dem Recht des lebenden Menschen an seinem Körper aus. „Durch die logische Spaltung des rechtsfähigen Menschen in das berechtigte Subjekt einer- und das von diesem beherrschte Objektive im freien Menschen andrerseits" komme man zur Anerkennung „des von der positiven Rechtsordnung geschützten Rechts der Persönlichkeit über den Körper und über die Glieder desselben"[33]). Dieses Persönlichkeitsrecht bestehe noch über den Tod hinaus, soweit noch eine Fortwirkung der Persönlichkeit vorhanden sei. Die Hinterbliebenen hätten allerdings dann die Disposition über dieses Recht, das gleichwohl nicht ihr Recht, sondern das des Verstorbenen sei[34]).

Auch v. Gierke[35]) geht von einem solchen Persönlichkeitsrecht aus. Nur geht nach seiner Ansicht dieses Recht auf die Hinterbliebenen über. Der Leichnam selbst ist seiner Ansicht nach aber nicht Sache, sondern „Rückstand der Persönlichkeit".

Auch Gareis verwendet diese Formulierung, betrachtet aber den Leichnam als Sache, die seiner Ansicht nach allerdings nicht den Vorschriften des Sachen- oder Vermögensrechtes unterliegt[36]).

Den bisher wiedergegebenen Anschauungen stehen die Ansichten gegenüber, die überhaupt die Sacheigenschaft des menschlichen Leichnams leugnen. Trotzdem gibt es auch hier Berührungspunkte mit den bezeichneten Theorien.

So geht Schreuer[37]), der diese Fragen auch vom philosophischen und historischen Standpunkt aus eingehend untersucht hat, bei seiner Theorie von einem Persönlichkeitsrecht aus. Nur handelt es sich

---

[32]) Festgabe f. Schirmer, S. 62 f.

[33]) Ebenda S. 74.

[34]) Gegen eine solche Prolongation vgl. Klusemann, S. 40.

[35]) Dt. Privatr. Bd. 2, S. 35, 36.

[36]) S. 92. Jedoch widerspricht sich G. in dieser Beziehung (Festg. f. Schirmer, S. 65: „zweifellos Sache"; dagegen in Seufferts Bl. Bd. 70, S. 318: „der Leichnam wird im Augenblick des Todes nicht etwa Sache"). Gl. Meinung ist Rausnitz Recht 03, S. 593 f., insbesondere S. 594, der jedoch die Sachqualität des Leichnams aus diesem Grunde leugnet. Vgl. auch Kunkel: Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern, S. 314 f.; im Anschluß an Gareis bejaht die Sachqualität, verneint aber Eigentumsfähigkeit: RG. v. 25. 9. 30 in ZW. 1931 S. 1489 und die dort zit. früheren Entsch.

[37]) Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. Bd. 33, S. 33 f. und Festg. f. Bergbohm S. 242 f.

seiner Meinung nach nicht um ein Recht des Verstorbenen, sondern um ein Recht der Hinterbliebenen [38]).

Nach seiner Ansicht muß der auch im Volksbewußtsein wurzelnde Glaube an die Fortdauer der Rechtspersönlichkeit dazu führen, den menschlichen Körper auch nach dem Tode im Personenrecht zu belassen [39]).

Die Ansicht, daß der Leichnam nicht als Sache im Rechtssinne zu betrachten sei, wird daneben noch von zahlreichen anderen Schriftstellern [40]) vertreten, und meist damit begründet, daß die Annahme der Sacheigenschaft im Gegensatz zu religiöser und sittlicher Anschauung stehe.

Allerdings wird teilweise [41]) die Auffassung vertreten, daß „bei Gebrauch von Leichen auf Anatomien und Museen" der Leichnam zur Sache werde und in diesem Falle auch Eigentum am Leichnam bestehen könne.

Am weitesten in dem Bestreiten der Sacheigenschaft geht wohl Schwarz [42]), der dem Toten rechtliche Interessen zubilligt, und daraus mit Hilfe einer besonderen Theorie des Rechtssubjekts schließt, daß der Tote Rechtssubjekt sei.

Was ist nun eigentlich rechtens? Die Untersuchung des Problems wird zunächst die Frage zu klären haben, ob der Leichnam als Sache im Rechtssinne anzusehen ist. Weiter werden dann Träger,

---

[38]) Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. Bd. 33, S. 343. Vgl. auch v. Gierke: Dt. Privatrecht, Bd. 3, S. 35, 36; ferner: L. Goldschmidt: Handb. d. Handelsr. S. 3 Anm. 3 d, und Kipp: Erbrecht, Anm. 5 zu § 113, I.

[39]) Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. Bd. 33, S. 336, 343, Festschr. f. Bergbohm, S. 262.

[40]) So u. a. Soergel: BGB. Anm. 3; Joyef: Gruch. Beitr. Bd. 65, S. 304 f., insbesondere S. 309 und Recht Bd. 9, S. 103; Rehbein: BGB. Bd. I, Anm. 1 a zu § 90, S. 74; Endemann, Erbrecht, § 30, VII, S. 223 f.; Cohn: JW. 28, S. 2295, und daselbst auch Ebermayer; Scaniecki: Recht 1916, Sp. 419; Binder: Recht Bd. 34, S. 209 f., insbesondere S. 222, 225; Francke: Gruch. Beitr. Bd. 56, S. 808 f. (dieser allerdings aus § 823 BGB.); Rausnitz: Recht 03, S. 594; Warneyer: BGB. Bd. I, Anm. VI zu § 1, S. 5.

[41]) U. a. Cosack: Lehrb. Bd. I, S. 119; Merkel: Sächs. Arch. Bd. 14, S. 677 f., insbesondere S. 683; Warneyer s. o.; vgl. auch Frank: StGB. Anm. I zu § 168, S. 366: Olshausen: StGB. Anm. 1 d zu § 168.

[42]) Arch. f. Bürg. Recht Bd. 32, S. 12 f.

Inhalt, Natur und Geltendmachung des Bestimmungsrechts über den Leichnam festzustellen sein. Alle diese Fragen greifen ineinander über, bedingen sich gegenseitig. Es ist daher ohne ein gewaltsames Auseinanderreißen der Zusammenhänge nicht möglich, sie vollkommen selbständig zu behandeln.

Unsere Untersuchung soll zunächst von der Frage ausgehen, ob sich der Leichnam als Sache im Rechtssinne darstellt. Denn ihre Beantwortung wird für die weiteren Untersuchungen von entscheidender Bedeutung sein.

Hier muß man sich zuerst darüber klar sein, daß es sich lediglich darum handelt, ob der Leichnam eine Sache „im Rechtssinne" ist. Ob er vom naturwissenschaftlichen oder philosophischen Standpunkt als Sache zu betrachten ist, kann deshalb hier nicht interessieren.

Der Begriff der Sache im Rechtssinne ist im § 90 BGB. als „körperlicher Gegenstand" festgelegt. Ist der Leichnam ein körperlicher Gegenstand?

Ohne weiteres wird man den Leichnam als Körper betrachten müssen und zwar auch im Rechtssinne[43]), da er einen Raum ausfüllt. Aber ist er auch ein „Gegenstand" im Sinne des Gesetzes?

Merkwürdigerweise ist man über dieses Problem fast allgemein hinweggegangen. Und doch kann m. E. die Frage der Sacheigenschaft des Leichnams nur so formuliert werden.

Dennoch schließen die Verfechter der Sacheigenschaft des Leichnams diese ohne weiteres aus seiner Körperlichkeit. Der Begriff „Gegenstand" scheint ihnen ein so leeres Wort, ein so weiter Begriff zu sein, daß sie den Leichnam mit Selbstverständlichkeit zu den Gegenständen rechnen. So behauptet Matthiaß[44]): „Wo Körperlichkeit vorliegt, da ist auch Sachqualität im Rechtssinne vorhanden. Der juristische Begriff der Sache fällt mit dem natürlichen zusammen."

Ebenso wird von der anderen Seite die Sacheigenschaft allein mit der Begründung bestritten, daß eine solche Annahme mit den herrschenden religiösen und ethischen Anschauungen nicht vereinbar

---

[43]) A. Meinung: Philipsborn: JW. 1930, S. 1552.

[44]) Lehrb. Bd. I, S. 145.

sei, und auch dort wird nicht weiter untersucht, warum der Leichnam nicht einmal Gegenstand ist.

Tiefgehender sind die Untersuchungen Sohms[45]), der feststellt, daß es unzählig viele körperliche Dinge gibt, die aus tatsächlichen Gründen (Himmelskörper, einzelne Getreidekörner), vom verfügungsrechtlichen Verkehr ausgeschlossen und daher keine Sachen im Rechtssinne sind. Gegenstände sind nach seiner Formulierung „Dinge, die Gegenstände selbständiger rechtlicher Verfügung sind".

Ebenso heißt es schon in den Motiven[46]): „Die Natur der Dinge schließt die Begründung von Rechten an allen Sachen aus, welche vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit der tatsächlichen Beherrschung durch menschliche Willkür entzogen sind." Diese Auffassung ist allerdings insofern etwas unglücklich zum Ausdruck gekommen, als trotzdem von „Sachen" gesprochen wird. Immerhin dürfte der Gedanke der Ansicht Sohms verwandt sein.

Henne[47]) meint, Gegenstand sei alles, was irgendwie der menschlichen Herrschaft unterliege.

Falsch ist es demgegenüber jedenfalls, wenn man wie Mathiaß[48]) anerkennt, daß manche Körper zwar nicht als Gegenstand menschlicher Herrschaft in Betracht kommen, weiter zugibt, daß hier die Sachqualität ohne rechtliche Bedeutung ist, diese aber trotzdem ausdrücklich für gegeben ansieht.

Als allen Meinungen gemeinsam kann jedenfalls vorausgesetzt werden, daß der lebende Mensch nicht zu den Sachen gezählt wird. Denn diese Feststellung ergibt sich ohne weiteres aus dem Gegensatz von Rechtssubjekt und Rechtsobjekt. Wir können also feststellen: Menschen sind keine Sachen, obwohl sie Körper sind, also die physische Sachqualität besitzen. Dieser Satz beweist die Unrichtigkeit der Auffassung, daß physischer und rechtlicher Sachbegriff zusammenfallen[49]).

---

[45]) I, S. 16 f.
[46]) Bd. 3, S. 26.
[47]) S. 6.
[48]) Lehrb. Bd. I, S. 145; dagegen Alvensleben, S. 22.
[49]) A. M.: Philipsborn: JW. 1930, S. 1552.

Für die Rechtsnatur des Leichnams wird allerdings aus dieser Feststellung unmittelbar kein Schluß zu ziehen sein. Denn als Person können die menschlichen Überreste keinesfalls bezeichnet werden, wenn das BGB. auch — weil es überflüssig ist — nicht ausdrücklich sagt, daß die Rechtspersönlichkeit mit dem Tode endet[50]). An dieser Tatsache vermag auch jeder Glaube an die Fortwirkung der Persönlichkeit nichts zu ändern.

Immerhin ergibt sich daraus, daß Gegenstand nicht nur „Beziehungsgegenstand" irgendeines Rechts bedeutet. Es ist daher nicht — wie Henne sagt — „gleichgültig, ob dieses Herrschaftsrecht des Menschen seinen Ursprung findet im Personen-, Sachen-, Urheber- oder Familienrecht"[51]). Denn sonst würde ja auch der lebende Mensch als körperlicher Gegenstand von obligatorischen und besonders von Familienrechten als Sache anzusehen sein. Wie sich weiter daraus ergibt, genügt es auch nicht, daß ein absolutes Recht an dem Körper nicht möglich ist. Man wird daher annehmen müssen, daß ein Körper nur dann Gegenstand, und damit Sache ist, wenn an ihm Rechte möglich sind, die in Bezug auf Personen nicht bestehen können. Diese Rechte sind aber die dinglichen Rechte.

Wir können also als Ergebnis dieser Untersuchung feststellen: Gegenstand im Sinne des Gesetzes kann nur das sein, was Objekt dinglicher Rechte sein kann. Ein Körper ist also nicht schon dann Sache, wenn Rechte zur tatsächlichen Einwirkung auf ihn möglich sind, sondern es müssen dingliche Rechte sein, das heißt: Rechte, die zur Verfügung über das rechtliche Schicksal des Körpers befähigen. Daraus folgt, daß die Ansicht derjenigen zahlreichen Schriftsteller[52]) unrichtig ist, die glauben, daß der Leichnam zwar Sache sei, aber nicht Gegenstand eines dinglichen Rechts sein könne.

Die Inkonsequenz dieser Ansicht scheint mir auch schon aus der sprachlichen Fassung des § 90 BGB. hervorzugehen. Man kann doch nicht einerseits zugeben, daß der Leichnam eine Sache „im Sinne des BGB." sei, und zugleich erklären, daß das gesamte als „Sachenrecht" bezeichnete Buch für diese „Sache" nicht zur Anwendung gelangen könne.

---

[50]) Vgl. auch Motive, Bd. 1, § 3, S. 28.
[51]) S. 6, vgl. auch v. Blume, S. 375.
[52]) Vgl. S. 6 f.

Damit ist allerdings für die Frage, ob der Leichnam Sache im Rechtssinne ist, zunächst noch nichts entschieden. Die Frage hat sich vielmehr nur dahin verschoben, daß festzustellen ist, ob dingliche Rechte am Leichnam möglich sind. Dennoch dürfte die hier vertretene Auffassung die Rechtsverhältnisse am Leichnam verhältnismäßig leicht lösen. Denn darüber, daß beschränkte dingliche Rechte am Leichnam nicht möglich sind, herrscht kein Streit. Es handelt sich jetzt also lediglich darum, ob der Leichnam einer Eigentumsherrschaft fähig ist.

Die Annahme, daß an allen Körpern Sachenrechte möglich sein müßten, da es eben nur Personen einer- oder Sachen und Rechte andererseits gäbe, ist mindestens zweifelhaft.

Denn, wie schon oben erwähnt, hat schon Sohm [53]) darauf hingewiesen, daß zahlreiche Körper aus tatsächlichen Gründen der Sachqualität ermangeln.

Es fragt sich, ob nicht auch aus ethischen Gründen die Möglichkeit, Gegenstand dinglicher Rechte zu sein, ausgeschlossen werden kann.

Hier kann man nach dem Gesichtspunkt, inwieweit das Gefühl überhaupt bei der Rechtsauslegung zu berücksichtigen ist, zwei Auffassungen feststellen, die man — einer gebräuchlichen Unterscheidung folgend — vielleicht als objektive und subjektive Theorien kennzeichnen könnte.

Unter objektiver Theorie möchte ich dabei diejenige Meinung verstehen, die bei der Rechtsauslegung nur die äußeren, nicht aber die Gefühlsmomente berücksichtigt. Für sie ist die äußere Ähnlichkeit der Verhältnisse maßgebend, während die Verschiedenheit der gefühlsmäßigen Einstellung zu den verschiedenen Tatbeständen entweder ganz außer Betracht bleibt, oder nur soweit eine Rolle spielt, als es unmittelbar vom Gesetz vorgeschrieben ist.

So wird zum Beispiel hier beim Leichnamsrecht aus der äußeren Ähnlichkeit bei der Überlassung von Leichen mit einem gewöhnlichen Verkauf geschlossen, daß es sich tatsächlich um einen Kaufvertrag mit anschließender Eigentumsübertragung handelt. Die Präparierung des Leichnams oder Herstellung eines Skeletts werden

---

[53]) I, S. 16 f.

mit der Verarbeitung eines Tierkörpers auf eine Stufe gestellt, und demgemäß wird § 950 BGB. unmittelbar zur Anwendung gebracht.

Tatsächlich wird man auch auf Grund dieser Theorie zu der Bejahung der Eigentumsfähigkeit des Leichnams gelangen müssen. Denn einmal ist der Leichnam ein Sachkörper, der sich äußerlich in nichts von einem toten Tierkörper unterscheidet. Außerdem aber wird man auch zur Annahme der Sacheigenschaft kommen müssen, wenn man auf das Recht an abgetrennten Körperteilen zurückgeht. Denn diese sind nach allgemeiner Ansicht eigentumsfähige Sachen. Im einzelnen herrscht allerdings darüber Streit, ob der frühere Inhaber in — unmittelbarer oder analoger Anwendung des § 950 BGB. — sofort mit der Trennung Eigentum erwirbt, oder ob er nur ein Aneignungsrecht hat[54]). Wenn man aber dort jedenfalls feststellt, daß Körperteile, die von der Persönlichkeit getrennt sind, zu eigentumsfähigen Sachen werden, so wird eine Auffassung, die die äußere Ähnlichkeit der Verhältnisse für maßgeblich hält, es als selbstverständlich erachten, daß dies auch der Fall ist beim Tode des Menschen, da sich dort anscheinend der ganze Körper von der Persönlichkeit löst.

Zu einem anderen Ergebnis wird freilich kommen, wer auf dem Boden der subjektiven Theorie steht. Er wird den Gefühlsmomenten weitgehende Bedeutung beimessen. Hier beim Leichnamsrecht ist es insbesondere das Pietätsgefühl, das für die Rechtsfindung als bedeutsamer Faktor anzusehen ist. Es fordert diejenige Berücksichtigung, die oben[55]) als Aufgabe des privatrechtlichen Totenschutzes näher gekennzeichnet wurde, und verwirft daher die Möglichkeit dinglicher Rechte am Leichnam. Die Grenzen der Berücksichtigung subjektiver Momente werden einerseits durch das Gesetz, im übrigen durch andere ebenso wichtige idealistische Interessen gezogen werden müssen.

Hier soll versucht werden, darzulegen, daß die Möglichkeit dinglicher Rechte am Leichnam durch das Pietätsgefühl ausgeschlossen wird, und das gesamte Leichnamsrecht nur mit Hilfe der subjektiven Theorie zu klären und zu lösen ist.

---

[54]) Mir scheint die erstere Ansicht richtig zu sein, da das rechtliche Verhältnis zwischen dem Menschen und seinem Körper nicht etwa ein weniger, sondern ein mehr gegenüber dem Eigentum bedeutet. Vgl. dazu auch S. 76.

[55]) S. 3.

Zunächst ist festzustellen, daß sich aus dem Wortlaut des BGB. nichts ergibt, was der weitgehenden Berücksichtigung des Pietätsgefühls Grenzen setzt. Im Gegenteil kann sich die subjektive Theorie auf § 138 BGB. berufen, der ausdrücklich die Nichtigkeit derjenigen Rechtsgeschäfte ausspricht, die gegen die guten Sitten verstoßen. Darunter sind aber zweifellos auch solche zu verstehen, die dem Pietätsgefühl zuwiderlaufen. Die Unmöglichkeit dinglicher Rechte am Leichnam allein aus dieser Bestimmung zu schließen, scheint mir allerdings noch nicht überzeugend zu sein. Denn aus § 138 BGB. läßt sich nur die Ungültigkeit solcher Sachenrechte herleiten, die durch Rechtsgeschäfte begründet werden.

Trotzdem sind aber auch die Vertreter der objektiven Theorie gezwungen, Gefühlsmomente im Rahmen dieser Bestimmung für rechtserheblich zu erklären.

„Die Gründe gegen das Erbeneigentum sind sämtlich bodenlos schwach und beruhen vielfach auf unklarer Gefühlsschwelgerei", erklärt Oertmann, den man wohl als den markantesten augenblicklichen Vertreter des Erbeneigentums ansehen kann.

Aber auch er hält den Leichnam für unpfändbar, obwohl er seiner Ansicht nach in das Vermögen der Erben fällt. Trotzdem ergibt sich aus dem Gesetz nichts für diese Annahme. Also können nur Gründe des Pietätsgefühls maßgebend dafür sein. Gerade aus der Tatsache, daß der menschliche Leichnam in § 811 ZPO. nicht von der Pfändung, der er ja sonst als Vermögensbestandteil unterliegen würde, ausgenommen worden ist, während dies z. B. beim Sarg der Fall ist (§ 811 Ziffer 13 ZPO.), muß man m. E. folgern, daß er eben nicht zum Vermögen der Erben gehören, das heißt: nicht ihr Eigentum sein kann.

Weiter halten die Verfechter des Erbeneigentums die Bestellung eines Nießbrauchs oder eines Pfandrechts am Leichnam für unmöglich, und zwar wieder auf Grund der gefühlsmäßigen Erwägung, daß es gegen die guten Sitten verstoßen würde, aus dem Recht am Leichnam geldlichen Gewinn zu ziehen durch Bestellung eines dinglichen Rechts, das auf Befriedigung aus dem Leichnam gerichtet ist. Die Unmöglichkeit des Entstehens gesetzlicher Pfandrechte läßt sich allerdings nicht aus § 138 BGB. noch sonst aus dem Gesetz, sondern nur aus allgemeinen Gefühlsgründen her-

leiten. Denn selbst, wenn man auf die Unpfändbarkeit verweisen wollte, so ist demgegenüber einzuwenden, daß sich ja auch diese — wie oben gezeigt — nicht aus dem Gesetz ergibt.

Also: Pfändung, Verpfändung und Nießbrauchsbestellung hält Oertmann für unmöglich, und zwar deshalb, weil diese Rechte darauf abzielen, dem Berechtigten Vermögensvorteile aus dem Leichnam zu verschaffen[56]). Und doch hält er unter diesen Umständen am Erbeigentum fest. Sollten da nicht die gleichen Erwägungen dazu führen, ein Eigentum am Leichnam abzulehnen? Das Eigentum ist doch wie die beschränkten dinglichen Rechte ein Vermögensrecht und dient demgemäß dem Vermögensvorteil des Berechtigten. Wer aber einmal die Möglichkeit dinglicher Rechte am Leichnam deshalb geleugnet hat, weil sie auf Befriedigung aus dem Leichnam gerichtet sind, kann nicht auf der anderen Seite Eigentum, das als Vermögensrecht doch ebenfalls materielle Vorteile gewähren soll, ablehnen.

Was bleibt aber auch von diesem Erbeneigentum übrig? Nach Ansicht der Eigentumsverfechter verstoßen alle positiven Geschäfte des Leichen„eigentümers" gegen die guten Sitten und sind deshalb nichtig, wobei zwar manche eine Ausnahme bei Verfügungen zu wissenschaftlichen Zwecken machen, andere aber wie Oertmann[57]) auch hier an die Ungültigkeit glauben.

Nach dieser Ansicht kann also der Eigentümer nur die durch öffentliches Recht gebotene[58]) Beisetzung veranlassen, und dabei die in diesen Rahmen fallenden Bestimmungen treffen, wobei er noch an den Willen des Verstorbenen gebunden ist. Außerdem soll ihm auch die Aufgabe des Eigentums durch Dereliction gestattet sein. Und diese geringe Verfügungsmacht soll Eigentum sein, das heißt nach allgemeiner Auffassung das umfassendste Herrschaftsrecht, das an einer Sache möglich ist!

---

[56]) Vermögensrechtliche Verfügungen der Erben über den Leichnam hält Oertmann nur in dem einen Fall für möglich, wo sie dem Willen des Verstorbenen zufolge, zu wissenschaftlichen Zwecken über ihn verfügen. „Dagegen sind Dritten, auch den Erben, trotz ihres Eigentums Geschäfte über den Leichnam im allgemeinen als sittlich anstößig untersagt." „Auch der wissenschaftliche Zweck dürfte derlei Akte nicht rechtfertigen" (außer der oben bezeichneten Ausnahme).

[57]) Vgl. Anm. 56.

[58]) Vgl. dazu S. 85 f.

Die Annahme eines Eigentums am Leichnam steht schließlich auch im Widerspruch zu gesetzlichen Bestimmungen, die allerdings nicht dem Zivilrecht, sondern dem Strafrecht angehören. Denn wie im strafrechtlichen Teil dieser Arbeit noch auszuführen sein wird [59]), verbietet das Strafgesetzbuch in einer Sonderbestimmung im Abschnitt „Vergehen, welche sich auf die Religion beziehen", die unbefugte Wegnahme einer Leiche aus dem Gewahrsam der dazu Berechtigten. Daraus ergibt sich, daß der Gesetzgeber einen Leichnamseigentümer nicht anerkennt.

Das Ergebnis der vorhergegangenen Untersuchungen kann also dahin zusammengefaßt werden:

Der Leichnam ist keine Sache im Rechtssinne. Denn er ist zwar Körper, aber nicht Gegenstand, da er nicht Objekt dinglicher Rechte, insbesondere des Eigentums sein kann.

Wenn man nun aber auch die Möglichkeit dinglicher Rechte am Leichnam verneint, so wird doch ein — wenn auch nur beschränktes — Verfügungsrecht jedenfalls anzuerkennen sein. In der Regel wird man davon ausgehen können, daß die Hinterbliebenen Träger dieses Rechts sein werden. Fraglich ist jedoch, ob ihnen das Recht in ihrer Eigenschaft als Erben oder als Familienangehörigen zusteht.

Eine ganze Reihe von Schriftstellern [60]) hält die Erben für die Träger des Verfügungsrechts. Tatsächlich lassen sich auch eine Reihe von Gründen für diese Ansicht anführen. Einmal erscheint es schon dem ersten Anschein nach angebracht, dem Erben, der in die ganze vermögensrechtliche Stellung des Verstorbenen eintritt, auch für denjenigen zu erklären, der über den Leichnam des Erblassers Bestimmung zu treffen hat. Auch der Umstand, daß das BGB. über diese Frage schweigt, könnte zu der Annahme führen, daß der Erbe nicht nur vermögensrechtlicher Nachfolger des Verstorbenen sein soll. Auch die Pflicht des Erben, die Bestattungskosten zu tragen (§ 1968 BGB.), wird für diese Auffassung ins Feld geführt.. Man meint, es läge nahe, daß derjenige, der die Kosten der Bei-

---

[59] Vgl. S. 55 f.

[60]) v. Schwerin: Seuff. Bl. 05, S. 659; Sandheim: Recht 05, S. 43; Planck: Anm. 2 a zu § 90 S. 173; Staudinger: Anm. 3 zu § 90; Soergel: Anm. 3 zu § 90; Rausnitz: Recht 03, S. 594; Rehbein: Anm. 1 a zu § 90.

setzung tragen muß, auch über die Art ihrer Vollziehung zu bestimmen habe. Schließlich würde man vielleicht auf Grund der gegenteiligen Ansicht — wie Kipp, einer ihrer Anhänger, selbst feststellt — zu der Annahme kommen müssen, daß der Familienangehörige auch dann noch über die Bestattung zu bestimmen habe, wenn er enterbt ist[61]).

Und doch scheint mir die andere Auffassung richtig zu sein[62]). Denn teils sind die Gründe für die gegenteilige Ansicht nicht stichhaltig, teils sind auch die vorbezeichneten unbilligen Ergebnisse nicht unbedingte Folgerungen dieser Theorie. Dagegen sind die durch die andere Auffassung entstehenden Folgerungen notwendig und unbillig.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß das ganze im BGB. geregelte Erbrecht Vermögensrecht ist und demgemäß nur über die vermögensrechtliche Seite des Totenrechts Bestimmung trifft. Das Recht, über Art und Ort der Beisetzung zu bestimmen, bewegt sich aber auf einem ganz anderen Gebiet.

Das wird besonders klar, wenn man sich vergegenwärtigt, daß oft rein vermögensrechtliche Rücksichten für die Erbeinsetzung maßgebend sind. So kann z. B. durch Erbvertrag der Erblasser einen ihm persönlich ganz fernstehenden Dritten aus wirtschaftlichen Gründen zum Erben einsetzen, um sich damit im Augenblick einen Vermögensvorteil zu sichern. Soll dieser Fremde durch eine solche vermögensrechtliche Vereinbarung nun auch berufen sein, die Verfügungen über den Leichnam des Verstorbenen zu treffen, die doch nur auf dem persönlichen Verhältnis zu diesem beruhen können?

Ebenso kann es durchaus möglich sein, daß jemand seine Frau zugunsten seiner Kinder enterbt, weil diese über ein großes eigenes Vermögen verfügt. Vermögensrechtlich würde sich ja eine solche

---

[61]) Kipp: Erbrecht § 1, II, Anm. 6, S. 3.

[62]) Vgl. dazu auch § 4 des Sächs. Feuerbestattungsges. v. 30. 11. 20 (Recht der nächsten Familienangehörigen zur Verfügung über die Aschenreste); vgl. auch § 8. — Zum gleichen Ergebnis kommen: v. Blume S. 380; v. Giercke II, 36; Gareis S. 316 f. in Seuff. Bl. 05, und Festg. f. Schirmer S. 92 f.; Josef: Recht Bd. 9, S. 103 f. und Gruch. Beitr. Bd. 65, S. 305; Schreuer: Festg. f. Bergbohm, S. 275; Johnsen: S. 72 f. RG. 1931 S. 1490 in JW. 1913 S. 652; Cohn in JW. 1928, S. 2295; Hilse: Arch. f. Bürg. R. Bd. 26, S. 361 f.

Maßnahme auch dann als Enterbung darstellen, wenn die Anordnung im Einverständnis mit der enterbten Ehefrau erfolgt wäre. Dennoch wird in solchen Fällen der Wille des Verstorbenen keinesfalls dahingegangen sein, ihr auch die Rechte zu nehmen, die nicht vermögensrechtlicher Natur sind, sondern auf den gegenseitigen persönlichen Beziehungen beruhen.

Kurz gesagt: es lassen sich eine ganze Anzahl von Fällen vorstellen, in denen aus rein vermögensrechtlichen Gründen[63]) andere als die Hinterbliebenen zu Erben eingesetzt werden.

Unrichtig erscheint mir der Ausweg, die Befugnis den Hinterbliebenen als gesetzlichen Erben zuzubilligen[64]). Denn, wenn man überhaupt davon ausgeht, daß die Stellung als Erbe maßgebend sein soll, so liegt kein Grund vor, eine durch Verfügung von Todes wegen erfolgte Erbeinsetzung nicht anzuerkennen, soweit sie andere als die Hinterbliebenen als Erben bezeichnet. Dann ist es schon besser, ganz von den erbrechtlichen Vorstellungen abzuweichen.

Auch die Verpflichtung zur Tragung der Beerdigungskosten ist rein vermögensrechtlicher Natur. Daß die Erben, die durch den Tod des Erblassers den vermögensrechtlichen Vorteil haben, andererseits auch die durch die gleiche Tatsache entstehenden Kosten zu tragen haben, erscheint als billiges Korrelat. Es ist also umgekehrt wie die gegenteilige Ansicht[65]) behauptet, die sagt, das Recht der Bestimmung über die Beisetzung sei das Korrelat für die Kostentragung; denn diese Verpflichtung wird eben schon durch die vermögensrechtlichen Vorteile der Erbschaft wettgemacht.

Im übrigen würde der Schluß, daß derjenige, der die Beisetzungskosten zu tragen hat, auch über die Beisetzung selbst zu bestimmen habe, wie v. Blume zutreffend ausgeführt hat, zu der Folgerung führen, daß auch dem Mörder (§ 844 BGB.) und dem unehelichen Vater (§ 1713 Abs. 2 BGB.) dieses Recht zugebilligt werden müßte.

---

[63]) Erfolgt allerdings die Erbeinsetzung eines nicht zur Familie gehörigen auf Grund persönlicher Beziehungen, so kann darin auch eine Übertragung des Fürsorgerechts erblickt werden. Vgl. darüber auch S. 20.

[64]) So: v. Schwerin in Seufferts Bl. 05, S. 665 f.

[65]) Vgl. Staudinger: Anm. 3 zu § 90, S. 350. Ähnlich RG. vom 7. 3. 1912 in JW. 1912, S. 540 (Gruch. Beitr. Bd. 56, S. 1007 und Warneyer: Respr. 1912, Nr. 219).

Bei der Enterbung eines Familienangehörigen wird außerdem im Wege der Auslegung stets zu prüfen sein, ob der Erblasser dem Enterbten nicht auch diese nicht vermögensrechtlichen Befugnisse entziehen wollte [66]).

Liegen bei einem Familienangehörigen Umstände vor, die nach § 2339 BGB. seine Erbunwürdigkeit begründen würden, so ist analoger Anwendung dieser Vorschriften anzunehmen, daß es auch die nicht vermögensrechtlichen Befugnisse in Bezug auf den Toten verliert. Denn wer unwürdig ist, das Vermögen des Toten zu erwerben, der ist erst recht nicht wert, über dessen Leichnam irgendwelche Verfügungen zu treffen [67]).

Ist einem Ehegatten die Sorge für die Person des Kindes entzogen worden, so verliert er damit die familienrechtlichen Befugnisse und so auch insbesondere das hier in Frage stehende Recht der Totenfürsorge.

Ebenso verbleibt im Falle der Ehescheidung das Bestimmungsrecht über das tote Kind dem Ehegatten, dem dieses zugesprochen worden war.

Man wird daher zu der Auffassung kommen, die Hinterbliebenen, also die Familienangehörigen als diejenigen zu bezeichnen, die über das zu bestimmen haben, was mit dem Leichnam geschehen soll. Diese Anschauung wurzelt auch im Volke und hat ihren Niederschlag im Recht dadurch gefunden, daß die zu gesetzlichen Erben bestimmt sind, die zu dem Erblasser in besonders nahen familienrechtlichen Beziehungen gestanden haben [68]).

Wer sind nun diese Hinterbliebenen? Das Gesetz hat zwar in einzelnen Vorschriften hier nähere Bestimmungen getroffen, so im §§ 22 des Kunstschutzges. vom 9. 1. 07, § 189 Abs. 2 StGB., §§ 361, 2; 393, 2 StPO.; doch ist hier keine allgemein gültige Auslegung gegeben.

Allerdings wird man wohl allgemein sagen können, daß es die nächsten Familienangehörigen sind. Unter ihnen wird die Nähe der verwandtschaftlichen Beziehungen maßgebend sein. So wird dem

---

[66]) Vgl. darüber die Ausführungen S. 39 f., insbesondere S. 46 f.

[67]) A. M.: Kipp, vgl. Anm. 61.

[68]) Vgl. auch für Preußen: die noch gültigen §§ 455, 460 II 11 ALR. und dazu: RG. v. 10. 4. 1915 (Recht 1915, S. 306).

Ehegatten des Verstorbenen dessen Kindern gegenüber das Recht in erster Linie zustehen. Weiterhin werden wieder die Abkömmlinge vor den Eltern und sonstigen Ascendenten den Vorrang haben, während letztere schließlich vor den Seitenverwandten berechtigt sind[69]). Wer nach diesen Gesichtspunkten als nächster Angehöriger und Repräsentant der Familie zu betrachten ist, steht zu den übrigen Familienmitgliedern in einem Schuldverhältnis, das nach § 242 BGB. zu beurteilen ist[70]). Gleich Nahestehende haben das gleiche Recht.

Dieses Recht ist jedenfalls nicht als dingliches aufzufassen, sondern trägt personenrechtlichen Charakter. Die von Gareis vertretene Ansicht, daß es sich hier um das dem Menschen zustehende Recht handelt, über das Schicksal seines Körpers zu Lebzeiten und noch über den Tod hinaus zu bestimmen, hat zwar zunächst etwas Bestechendes, scheint mir aber nicht richtig zu sein. Selbst wenn man diese rechtlich anerkannte Fähigkeit mit Gareis als ein besonderes dem Privatrecht angehörendes Persönlichkeitsrecht auffaßt[71]), so würde die Folgerung, daß nach dem Tode dieses Recht von den Hinterbliebenen ausgeübt wird, sich doch als Vererbung darstellen. Denn der Gedanke, daß dieses Recht ohne eigenen Träger über den Tod fortdauert, und nur die Disposition darüber den Hinterbliebenen zusteht, dürfte in dieser Form dem geltenden Recht fremd sein. Er würde sich mit genügender Schärfe nur so konstruieren lassen, daß die Hinterbliebenen auch Träger des Rechtes geworden sind, daß also das Recht vererblich ist.

Der Vererblichkeit eines solchen Rechts dürfte aber infolge seines ganz persönlichen Charakters sehr zweifelhaft sein.

Inwiefern gerade die Hinterbliebenen und nicht die Erben oder Dritte diejenigen sein sollen, denen die betreffenden Befugnisse zustehen, ist bei dieser Konstruktion nicht recht einzusehen.

Die allgemeine Auffassung, daß nach Sitte und Herkommen die Familienangehörigen diejenigen sind, die über das Schicksal des Toten bestimmen können, weist doch schon darauf hin, daß die Befugnis sich auf die Bande gründet, die die Familienangehörigen

---

[69]) So: Philipsborn JW. 1930 S. 1554.

[70]) So: Henne S. 38.

[71]) Gareis: Festg. f. Schirmer, S. 74 f.; vgl. darüber hier S. 41; ähnlich im Anschluß an Gareis: RG. v. 28. 10. 1920 in RG. E. Bd. 100, S. 172, und und RG. v. 13. 3. 1913 (Warneyer 1913, Nr. 303).

miteinander verbinden. Die Quelle des Rechts wird man daher in dem Familienrecht als Ganzem erblicken müssen[72]). Es beruht auf dem Recht und der Pflicht der Familienfürsorge, das über den Tod des Familienmitgliedes fortdauert. Ebenso wie die Familienangehörigen zur Fürsorge über einen Unmündigen oder ein sonst in Not befindliches Familienmitglied berufen sind, so ist es auch bei dem hilflosen Toten. Das Recht ist als Familienrecht nicht ein Recht des Toten, sondern das eigene der Hinterbliebenen. Dieses Recht, das man mit v. Blume am besten als „Recht der Totenfürsorge" bezeichnet, ist, da es die Eigenschaft der Familienzugehörigkeit zur Grundlage hat, nicht übertragbar und daher auch nicht vererblich.

Die Quelle dieses Verfügungsrechts ist das Gewohnheitsrecht[73]). Daher wird sich auch sein Inhalt nach diesem und den sittlichen Anschauungen beurteilen. Man kann demgemäß sagen, daß die dem Familienangehörigen zustehende Stellung ebensogut auf Pflichten wie auf Rechten beruht. Ja eigentlich ergeben sich die Rechte erst im Rahmen der Pflichten.

Die wesentliche Aufgabe der Familienangehörigen ist es, für eine würdige Beisetzung Sorge zu tragen. Sie werden daher zunächst darüber zu befinden haben, wo der Verstorbene beizusetzen ist, und in welcher Weise die Bestattung stattfinden soll.

Bei allen diesen Fragen wird, wie nachher des näheren auszuführen ist, der Wille des Verstorbenen in erster Linie maßgebend sein[74]). Fehlt es an einer solchen erkennbaren Willensäußerung, so können die Familienangehörigen über das Schicksal des Leichnams bestimmen, soweit sich die Anordnungen im Rahmen der Gesetze und der sittlichen Verpflichtungen bewegen.

---

[72]) So auch Landgericht II Berlin v. 22. 4. 1911, mitgeteilt von Pfaefflin in der Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern 1912, S. 16 f.

[73]) Nur in vereinzelten Fällen ist auch Landesrecht maßgeblich; so geht in Preußen aus Art. 133 EinfGes. zum BGB. in Verbindung mit §§ 455, 460 II 11 ALR. ein Recht der „Hinterlassenen" auf Wahl des Begräbnisortes hervor. Allerdings beziehen sich diese Vorschriften auf die Regelung der Beziehungen von Eingepfarrten gegenüber der Kirchengemeinde. Vgl. dazu RG. v. 10. 4. 1915 in Recht 1915 S. 306, und Josef: in Gruchots Beitr. Bd. 65, S. 305.

[74]) So allgemeine Meinung. Aus der Rechtsprechung: RG. v. 28. 10. 1920 RGZ. Bd. 100, S. 172); RG. v. 5. 7. 1923 in RGZ. 108, S. 220; OLG. Dresden v. 15. 5. 1925 in JW. 1925, S. 2125.

In bezug auf die Frage, ob der Leichnam beerdigt oder verbrannt werden soll, ist ihnen allerdings ein Bestimmungsrecht nicht zuzubilligen, wenn der Verstorbene nicht ausdrücklich seine Verbrennung bestimmt hat. Das ist auch teilweise landesrechtlich vorgeschrieben. So kann z. B. in Preußen auf Grund des Feuerbestattungsgesetzes vom 14. September 1911 eine Feuerbestattung gemäß § 7 nur stattfinden, wenn die Bestattungspflichtigen die Verbrennung beantragen, und den Nachweis, daß der Verstorbene die Feuerbestattung angeordnet hat, entweder durch letztwillige Verfügung oder durch eine in besonderer Form beurkundete Erklärung des Verstorbenen erbringen können (§ 9).

Auch in Sachsen kann die Leiche nicht gegen den Willen des Verstorbenen verbrannt werden (8 des Gesetzes vom 30. 11. 1920).

Im übrigen können die Angehörigen über Art und Ort der Beisetzung bestimmen. Dazu gehören auch Anordnungen über die Ausschmückung der Beisetzungsstätte, insbesondere den Inhalt einer Grabinschrift[75]). Aus diesen Befugnissen ergibt sich auch ein Recht zum Besitz am Leichnam. Denn Bestattungsrecht und -pflicht gehen von der Voraussetzung aus, daß die Familienangehörigen im Besitze des Leichnams sind. Als Inhaber eines absoluten Familienrechtes können die Familienmitglieder die Herausgabe des Leichnams von Dritten verlangen[76]). Das wird man wohl schon aus der — ähnliche Verhältnisse betreffenden — Vorschrift des § 1632 BGB. entnehmen können. Eine Verweigerung der Herausgabe aus vermögensrechtlichen Gründen wird niemals Platz greifen können; Einwendungen werden vielmehr nur beachtlich sein, wenn sie sich auf den deutlich zum Ausdruck gekommenen Willen des Verstorbenen stützen können[77]). So wird z. B. derjenige, dem ein Kind in Pflege gegeben worden ist, nicht die Herausgabe des Leichnams des bei ihm ver-

---

[75]) Vgl. OLG. Frankfurt (OLG. E. Bd. 14, S. 247); KG. (OLG. E. Bd. 22, S. 180); Recht 1911, Nr. 216. Haben die Kinder erster Ehe auf dem Grabstein ihrer Mutter diese mit dem Namen des Mannes erster Ehe bezeichnet, so kann der zweite Ehemann von ihnen Änderung, auch evtl. Beseitigung der Inschrift wegen Verletzung des Totenfürsorgerechts verlangen. § 823, 1, § 1004 BGB. Diese Befugnis geht nicht aus § 12 oder § 1355 BGB. hervor.

[76]) So v. Blume S. 396.

[77]) Vgl. RG. v. 7. 3. 1912 in JW. 1912, S. 540 (Bestimmung des Verstorbenen: „Die Sorge um meine Verbrennung ist allein Sache von Frl. N.").

storbenen Kindes etwa aus dem Gesichtspunkt verweigern können, weil er an ihm ein Zurückbehaltungsrecht wegen der noch nicht gezahlten Pflegegelder geltend machen will.

Auch ein Recht auf Exhumierung des Leichnams ist den Hinterbliebenen dann zuzubilligen, wenn gewichtige Gründe dafür bestehen, und ein Verstoß gegen das Pietätsgefühl nicht gegeben ist[78]). Dieser Fall wird insbesondere häufig praktisch bei der Überführung von Leichen gefallener Krieger in die Heimaterde.

Ein Recht, den Leichnam des Verstorbenen sezieren zu lassen, kann den Familienangehörigen im allgemeinen nicht zugebilligt werden[79]), es sei denn daß dieser eine dahingehende Verfügung getroffen hat. Denn ihr Recht ist ein Pietätsrecht. Es findet daher Inhalt, Grenzen und Zweck im Pietätsgefühl[80]). Dieses gebietet aber den Leichnam entsprechend dem ausgesprochenen oder mutmaßlichen Willen des Verstorbenen zu behandeln[81]), soweit er nicht gegen die guten Sitten verstößt[82]). Hat dieser aber keinen dahingehenden Willen geäußert, so ist — wenigstens zur Zeit noch — davon auszugehen, daß es im allgemeinen nicht im Sinne des Verstorbenen liegt, daß sein Leichnam — wenn auch zu wissenschaftlichen Zwecken — zerlegt wird. Dieser Wille erfordert rechtliche Berücksichtigung. Ebenso, wie die jetzt doch keineswegs mehr ungewöhnliche Feuerbestattung auf Grund der landesrechtlichen Bestimmungen[83]) nur mit Willen des Verstorbenen zulässig ist, kann der Leichnam auch nur unter dieser Voraussetzung von den Angehörigen an

---

[78]) Vgl. insbesondere Völckers: Recht 1916, Sp. 250 f.; v. Scaniecki: Recht 1916, Sp. 419; Hanseat. OLG. v. 1. 2. 08 in OLG. E. Bd. 16, S. 262; RG. v. 15. 4. 1909 (RGZ. 71, S. 21 f.); RG. v. 28. 10. 1920 (RGZ. Bd. 100, S. 170); RG. v. 13. 3. 1913 in JW. 1913, S. 652; OLG. v. 3. 3. 1920 in Leipz. Zeitschr. 1920, Sp. 666; RGZ. Bd. 106, S. 188; auch RG. v. 25. 5. 25 in Seuff. Arch. Bd. 79, Nr. 158. — Vgl. auch § 188 II 11 ALR. Über anderweitige Beisetzung der Aschenreste vgl. RG. v. 3. 12. 03 in DJZ. 1904, Sp. 265.

[79]) Gl. Meinung: Alvensleben S. 49; ähnlich Dernburg: Pandekten I S. 160 und Oertmann: Anm. 6 e, S. ßß zu § 90. Dagegen u. a.: Philipsborn: JW. 1930, S. 1552; Staudinger: Anm. 3 zu § 90, S. 350; Josef: Recht Bd. 9, S. 103; Warneyer: Bd. I, Anm. VI zu § 1, S. 5; Hegemann: S. 36; Klusemann: S. 47.

[80]) Vgl. v. Blume S. 386.

[81]) Vgl. Anm. 74.

[82]) Vgl. S. 44. Hier liegt Unsittlichkeit nicht vor.

[83]) Vgl. S. 23.

eine Anatomie zum Zwecke der Sektion in rechtsgültiger Weise überlassen werden.

Auf jeden Fall verstößt eine entgeltliche Überlassung gegen § 138 BGB. und ist daher nichtig.

Das Recht der Angehörigen umfaßt auch die Befugnis darüber zu bestimmen, ob bildliche Darstellungen von dem Leichnam angefertigt werden können. Dazu gehört das Photographieren und Zeichnen der Leiche, sowie Bildhauerarbeiten, insbesondere die Anfertigung einer Totenmaske.

Die absolute Natur des Rechts tritt hauptsächlich bei dem Recht auf Herausgabe des Leichnams von Dritten in Erscheinung. In dieser Eigenschaft ist es auch als „sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. zu betrachten. Grundsätzlich kann daher bei widerrechtlicher Verletzung Schadensersatz gefordert werden. Der Natur des Rechtes entsprechend wird allerdings ein Geldersatz in der Regel nicht in Betracht kommen, da gewöhnlich kein Vermögensschaden vorliegen wird (§ 253 BGB.). Mit Hilfe dieser Schadensersatzansprüche werden die Familienangehörigen auch im Falle der Beschädigung oder Zerstörung des Grabes Herstellung des früheren Zustandes verlangen können. Daneben kann auf Grund des absoluten Charakters des Rechtes auch auf Unterlassung geklagt werden, ohne daß es des Nachweises eines Verschuldens bedarf. Ebenso wird man den Angehörigen auch eine quasinegatorische Beseitigungsklage einräumen müssen.

Jedoch sind auch Fälle denkbar, wo ein Vermögensschaden entsteht. So zum Beispiel, wenn die Mutter beim Anblick ihres ohne ihr Wissen sezierten Kindes in Ohnmacht fällt, erkrankt und dadurch Kosten entstehen[84]). Bei den praktisch häufigen Fällen, in denen in Krankenhäusern Sektionen vorgenommen werden, ist folgendes zu beachten[85]): Hat der Patient der Sektion zugestimmt, so liegt ein rechtswidriger Eingriff in das Recht der Familienangehörigen, über das Schicksal des Leichnams zu bestimmen, nicht vor. Man wird verlangen müssen, daß ein dahingehender Wille des Verstorbenen deutlich zum Ausdruck gekommen ist. Dies kann durch Vertrag mit dem Krankenhaus geschehen. Nicht unterschriebene

---

[84]) Vgl. Landgericht Bonn vom 16. Mai 1928 in JW. 1928, S. 2294.

[85]) Vgl. dazu auch die Ausführungen S. 37 f., S. 58.

Aufnahmebedingungen oder öffentliche Anschläge im Krankenhaus können nicht als die erforderliche Zustimmung angesehen werden [86]). Hat der Patient nicht zugestimmt, so liegt stets eine Verletzung des Angehörigenrechts vor. Jedoch wird die Schadensersatzpflicht in der Regel ausgeschlossen, wenn die Familienangehörigen der Sektion zugestimmt haben. Freilich kann die Rechtswidrigkeit nicht durch ihre Einwilligung beseitigt werden. Denn, wie oben gezeigt wurde [87]), haben die Hinterbliebenen nicht das Recht, den Leichnam zum Zwecke der Sezierung zu überlassen. Daher können sie auch nicht anderen ein derartiges Recht einräumen. Jedoch wird in diesen Fällen gewöhnlich die Schuld des Dritten ausgeschlossen werden. Denn wenn die Angehörigen sich mit der Sektion einverstanden erklären,s o ist zu vermuten, daß die Sektion im Sinne des Verstorbenen gelegen hat. Der Dritte wird also geltend machen können, daß er an die Einwilligung des Verstorbenen geglaubt habe. Damit entfällt aber dann das Schuldmoment. Sollte ihm dennoch bewiesen werden können, daß er die Sektion vorgenommen hatte, obwohl er wußte, daß der Verstorbene nicht damit einverstanden war, so ist es recht und billig, daß ihm aus diesem Verhalten Nachteile erwachsen [88]).

Teilweise ist allerdings die Rechtswidrigkeit der Sektion auch ohne Zustimmung des Verstorbenen ausgeschlossen. Das ist der Fall, wenn die Sektion durch gesetzliche Bestimmungen gestattet ist [89]). So besteht zum Beispiel in Sachsen auf Grund des sogenannten Anatomiegesetzes [90]) ein Recht des Staates, über jede Leiche zu medizinischen Zwecken zu verfügen, es sei denn, daß innerhalb von 72 Stunden nach Tod oder Auffindung Reklamation durch Angehörige, Erben, Vermächtnisnehmer oder sonst Nahestehende erfolgt, und

---

[86]) So: Philipsborn in JW. 1930, S. 1553.

[87]) S. 24.

[88]) Daneben wird in solchen Fällen noch zu prüfen sein, ob den Angehörigen, die trotz vorhergegangener Zustimmung klagen, nicht eine exceptio doli entgegensteht.

[89]) Vgl. z. folg.: Philipsborn: JW. 30, S. 1552 f., und Weise: in DJZ. 1912, Sp. 1292.

[90]) Gesetz, die Ablieferung der Leichen zu wissenschaftlichen Zwecken und die Öffnung von Leichen betreffend, vom 5. 10. 1912 (GVBl. f. das Königreich Sachsen, 1912, S. 465, mit Ausführungsbestimmungen, S. 466).

diese die Bestattungskosten übernehmen. Die Angehörigen bzw. der Testamentsvollstrecker sind zur Reklamation verpflichtet, wenn der Verstorbene sich in einer letztwilligen Verfügung gegen eine Sektion seines Körpers ausgesprochen hat.

In Preußen und Österreich besteht nur ein Recht zur Sektion in bezug auf bestimmte Personenklassen. In Preußen findet die Sektion Strafgefangener auf Grund des Min.-Erl. v. 8. Juni 1889 (Min.-Bl. f. die gesamte innere Verwaltung, S. 133) statt, wenn nicht die Angehörigen nach Eintritt des Todes gegen die Ablieferung an die Anatomie protestieren und die Beerdigungskosten übernehmen[91]). In Österreich besteht ein Sektionsrecht der Heil- und Pflegeanstalten in bezug auf die Leichen der dort verstorbenen Patienten[92]).

Außerdem ist die Sektion teilweise durch öffentlichrechtliche Bestimmungen gerechtfertigt, die aus kriminellen oder sanitätspolizeilichen[93]) Gründen die Obduktion der Leiche gestatten.

Abgesehen von diesen Fällen kann jedoch das wissenschaftliche Interesse allein den Eingriff in das Verfügungsrecht der Angehörigen, den die Sektion enthält, nicht rechtfertigen[94]). Insbesondere genügt es bei in Krankenhäusern usw. verstorbenen Patienten nicht, daß die Angehörigen innerhalb von 24 Stunden keinen Widerspruch erhoben haben[95]).

Das Recht der Hinterbliebenen gehört dem Privatrecht an. Entstehen zwischen ihnen Meinungsverschiedenheiten, so können daher die Streitigkeiten vor den ordentlichen Gerichten ausgetragen werden[96]). Besonders oft wird hier der Weg der einstweiligen Ver-

---

[91]) Von der Auslieferung wird abgesehen, wenn den Strafgefangenen dieses auf Begehren zugesichert worden ist.

[92]) Krankenanstaltsgesetz vom 15 .7. 20.

[93]) Vgl. Reichsgesetz über die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten vom 30. 6. 1900 (RGBl. S. 306) und in Preußen: Gesetz betr. die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten vom 28. 8. 1905 (Pr. GS. S. 37).

[94]) Vgl. näheres bei Philipsborn: JW. 1930, S. 1553.

[95]) So auch: Cohn JW. 1928, S. 2296. Dagegen ebenda vom medizinischen Standpunkt: Geh. Med.-Rat Prof. Dr. Straßmann.

[96]) So die herrschende Meinung und Rechtsprechung. Vgl. RG. v. 7. 3. 1912 in JW. 1912, S. 540; RG. v. 15. 4. 1909 (RGZ. Bd. 71, S. 21 f.), RG. v. 28. 10. 1920 (RGZ. Bd. 100, S. 170); RG. v. 13. 3. 13 in JW. 1913, S. 652; RG. 25. 5. 1925 in Seuff. Arch. Bd. 79, Nr. 158, S. 256; RG. v. 3. 12. 1903 in DJZ. 1904,

fügung von praktischer Bedeutung sein, da die Frage, wie der Tote beigesetzt werden soll, in Eile entschieden werden muß. Wenn nicht festzustellen ist, daß ein streitender Teil als näherstehender Familienangehöriger das größere Recht für sich in Anspruch nehmen kann, und ein diesbezüglicher Wille des Erblassers nicht erkennbar ist, so wird das Gericht unter Berücksichtigung der besonderen Umstände nach den allgemein herrschenden sittlichen und religiösen Anschauungen zu entscheiden haben.

Auch dürften gegen die rechtliche Wirksamkeit von Vereinbarungen zwischen den Familienangehörigen über die Behandlung des Leichnams rechtliche Bedenken nicht bestehen[97]). Selbstverständlich gilt aber auch hier die Schranke des § 138 BGB.

Der privatrechtliche Schutz der menschlichen Überreste hat seine Grenzen. Ebenso, wie der tote Körper verschwindet, geht auch die rechtliche Sonderstellung verloren. Im folgenden soll untersucht werden, von welchem und bis zu welchem Zeitpunkt dem toten menschlichen Körper diese Ausnahmestellung zukommt.

Für die folgenden Erörterungen wird es wesentlich auf einen Gesichtspunkt ankommen, auf den hier schon mehrfach hingewiesen wurde: auf das Pietätsgefühl. Wie oben gezeigt wurde, beruht die rechtliche Sonderstellung darauf, daß der Leichnam Gegenstand religiöser Achtung ist. Soweit diese ethischen und religiösen Momente nicht vorliegen, können menschliche Überreste ohne weiteres den anderen Dingen gleichgestellt werden, kurz gesagt: wo kein Pietätsgefühl, da keine rechtliche Sonderstellung.

Die Frage, wie lange die menschlichen Überreste diesen besonderen Rechtsschutz genießen, ist also danach zu entscheiden, ob ihnen gegenüber noch Pietätsempfindungen gegeben sind. Es wird daher, wenn man bei der hier vorgeschlagenen Unterscheidung bleiben will, nicht die objektive, sondern die subjektive Theorie zugrunde zu legen sein.

Sp. 265; RG. v. 5. 7. 1923 (RGZ. Bd. 108, S. 217 f.); RGZ. 12, S. 283; OLG. Dresden v. 15. 5. 25 in JW. 1925, S. 2125; Hanseat. OLG. in OLG. E. Bd. 16, S. 262. — Anderer Meinung: Loening, der meint, daß es sich um ein öffentliches Recht der Hinterbliebenen handelt. Dagegen: Brunner S. 100; auch Josef: Recht Bd. 9, S. 103 nimmt die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte an. — Vgl. aber bei Feuerbestattung in Sachsen: § 8 des Gesetzes vom 30. November 1920.

[97]) So auch v. Blume S. 396.

Von welchem Zeitpunkt ab wird nun die rechtliche Sonderstellung gegeben sein? Hier ist als wichtigste Voraussetzung festzustellen, daß es sich jedenfalls um den toten Körper eines Menschen handeln muß. Daraus ergibt sich, daß nur ein zum Menschen entwickeltes Geschöpf in Betracht kommt. Früchte sind dagegen nicht als menschliche Körper anzusehen. Sie sind rechtlich wie abgetrennte Körperteile, d. h. als Sachen zu behandeln, die in das Eigentum des früheren Inhabers fallen. Nur einem entwickelten Kinde gegenüber sind Pietätsempfindungen gegeben. Anderseits ist es nicht, wie teilweise angenommen wird[98]), erforderlich, daß der Mensch bereits gelebt hat, obwohl vielleicht Vernunftgründe dazu führen könnten, hier das Vorliegen einer Seele, einer Persönlichkeit zu fordern. Tatsächlich bestehen aber Pietätsempfindungen auch dem totgeborenen Kinde gegenüber, soweit es eben nur schon entwickelt ist. Das kommt – worauf Merkel[99]) zutreffend hingewiesen hat — dadurch zum Ausdruck, daß man ausgestoßene Früchte wegzuwerfen pflegt, während man — auch totgeborenen — Kindern eine angemessene Bestattung zuteil werden läßt.

Man wird daher den Zeitpunkt der Geburt als entscheidend ansehen müssen. Er ist auch sonst unserem Rechtssystem zugrunde gelegt. Hier beginnt die Möglichkeit, Rechtssubjekt zu sein, und auch das Strafgesetzbuch betrachtet die Vernichtung des keimenden Lebens nicht als Tötung eines Menschen, sondern behandelt sie als Sonderdelikt.

Besondere Schwierigkeiten bieten sich bei der Frage, wie lange der tote menschliche Körper noch als Gegenstand des Pietätsgefühls die rechtliche Sonderstellung inne hat. Gewiß ist zwar, daß die Verkehrsunfähigkeit der menschlichen Überreste einmal ihr Ende erreichen muß. Denn der Mensch setzt sich aus chemischen Stoffen zusammen, die nach dem Tode wieder in den ständigen Kreislauf der Natur eintreten, und es ist eine Unmöglichkeit, den Stoffteilen, die früher den Körper eines Menschen gebildet haben, auch dann

---

98) Binding: Lehrb. Bd. I, S. 184; Grusen: S. 31; Cramer: S. 21, 27. So wie hier die herrschende Meinung, so: Meyer-Allfeld: S. 505, Nr. 30, Wachenfeld: S. 479; Olshausen: Nr. 1 b zu § 168; Frank: Anm. I zu § 168, S. 366; Gerland: S. 302; Schwartz: Nr. 2 a; Leipz. Komm. z. StGB. Anm. 2 zu § 168.

99) Leichenraub S. 4, auch Henne: S. 2.

noch eine Sonderstellung zuzubilligen, wenn sie schon ganz andere Formen angenommen haben, z. B. in den auf dem Grabe blühenden Blumen enthalten sind. Anderseits sind die Übergänge hier so kontinuierlich, daß auch jede klare Abgrenzung den Stempel der Willkür tragen muß. Es können daher — solange nicht gesetzliche Vorschriften Klarheit schaffen — nur allgemeine Grundgedanken festgestellt werden.

Danach wird man als Voraussetzungen dieses besonderen Rechtsschutzes feststellen können, daß die menschlichen Überreste jedenfalls noch als solche erkennbar sein müssen. Sie müssen noch den Adel menschlicher Persönlichkeit verkörpern, ja sogar noch eine bestimmte Individualität erkennen lassen. Nur dann gelten sie nach der im Volke wurzelnden Anschauung als Gegenstand religiöser Achtung; denn nur sa weit wird im allgemeinen der Anblick in uns das Gefühl erwecken, daß dieser Körper das Äußere einer menschlichen Persönlichkeit gebildet hat.

Nach diesen Gesichtspunkten wird die rechtliche Sonderstellung mindestens in der Regel[100]) dann gegeben sein, wenn sich die menschlichen Überreste noch als Leichnam darstellen. Nach der von Schwerin[101]) allgemein übernommenen Definition wird damit der tote menschliche Körper so lange bezeichnet, wie der Zusammenhang zwischen den einzelnen Teilen noch nicht durch den natürlichen Verwesungsprozeß oder eine diesem gleichzustellende Vernichtungsart insbesondere Verbrennung aufgehoben ist. Desgleichen wird auch der schon zerlegte menschliche Körper noch als Leichnam betrachtet, sofern die Teile äußerlich wiedervereinigt sind. Das gilt ebenso von dem Opfer eines Lustmordes[102]), wie dem wissenschaftlich zerlegten Körper, wobei manche allerdings die Einschränkung machen, daß im letzteren Falle noch Bestattungsabsicht besteht[103]).

Sind infolge des Verwesungsprozesses nur noch Knochenreste vorhanden, so kann in Ermangelung der oben gekennzeichneten

---

[100]) Über die Möglichkeit von Ausnahmen S. 35 f.

[101]) Schwerin S. 658, ebenso: Josef: S. 317; Olshausen: Anm. 2 c; Leipz. Komm. z. StGB. Anm. 2 zu § 168; Henne: S. 3; Hegemann: S. 25 f.; Crusen: S. 27; Klusemann: S. 39; Merkel: Sächs. Arch. Bd. 14, S. 677; dagegen: Cramer: S. 20.

[102]) Ebenso: Josef: Gruch. Beitr. Bd. 64, S. 317.

[103]) Josef u. Schwerin: a. a. O.

Voraussetzungen nicht mehr von einem Leichnam gesprochen werden. Da ihnen gegenüber Pietätsempfindungen nicht mehr in Betracht kommen, sind sie eigentumsfähige Sachen. Sind Hinterbliebene vorhanden, so stehen sie in deren Eigentum[104]), da sich ihr Totenfürsorgerecht zum Eigentum verdichtet hat. Für ein Eigentum der Erben liegt, obwohl die Überreste jetzt Gegenstände des Vermögensrechts sein können, kein ausreichender Anhalt vor. Denn zum Vermögen des Erblassers und damit zum Nachlaß haben sie nie gehört. Sind keine Hinterbliebenen vorhanden, so stehen sie im Eigentum des Staates, der an jedem Staatsangehörigen ein Persönlichkeitsrecht hat, das über den Tod fortdauert und hier schließlich in der privatrechtlichen Form das Eigentum erscheint[105]).

Für prähistorische Knochenreste gilt, sofern sie verborgen waren, Schatzrecht[106]). An ihnen wird daher zur Hälfte von dem Entdecker, zur Hälfte von dem Grundstückseigentümer Eigentum erworben (§ 984 BGB.).

Besonders bei künstlich hergestellten Skeletten ist jede Persönlichkeitsbeziehung verloren gegangen. Die Präparierung des Leichnams, insbesondere der Macerationsprozeß, schafft hier nach der Verkehrsauffassung ein völlig neues Ding, das nicht mehr Gegenstand religiöser Achtung ist[107]). Da hier der dem § 950 BGB. zugrunde liegende Gedanke zutrifft, erwirbt der Hersteller Eigentum an dem Skelett[108]). Das gleiche gilt von medizinischen Präparaten.

Nicht richtig dürfte es sein, mit der herrschenden Lehre[109]) die rechtliche Sonderstellung ausnahmslos darauf zu beschränken, daß der natürliche Zusammenhang der Körperteile noch gewahrt ist[110]).

---

[104]) Ebenso: Josef a. a. O.

[105]) Vgl. dazu auch S. 86 und S. 36.

[106]) Ebenso: Lindemann-Soergel: Anm. 1 zu § 984; Planck: Anm. 1; Biermann: Anm. 1; Pappenheim in Jherings Jahrb. Bd. 45, S. 144 f.

[107]) Gl. Meinung: Planck: Anm. 2 a (zu § 90), S. 173; Enneccerus: § 114, I, 1; Rausnitz: Recht 1903, S. 594; v. Schwerin: S. 668; Schreuer: Festg. f. Bergbohm, S. 277; Josef: Gruch. Beitr. Bd. 65, S. 317; Johnsen: S. 72; Leipz. Komm. z. StGB. A. 2.

[108]) So auch: Planck, v. Schwerin, Josef, Johnsen und Schreuer: Zeitschr. f. vergl. Rechtswissenschaft Bd. 33, S. 343.

[109]) Literatur vgl. Anm. 101; außerdem: v. Liszt-Schmidt: § 118, V.

[110]) Gl. M.: Soergel: Anm. 3 zu § 90; Rausnitz: S. 594; Schreuer: Z. f. v. Rw. 33, 343.

Denn wie schon oben festgestellt wurde, sind Pietätsempfindungen, die die rechtliche Sonderstellung rechtfertigen, so lange vorhanden, als die Überreste noch als körperliche Hülle einer bestimmten Persönlichkeit erkennbar sind. Diese Voraussetzungen liegen aber manchmal auch dann vor, wenn der natürliche Zusammenhang bereits durch den Verwesungsprozeß aufgehoben ist.

So verbleibt den menschlichen Überresten ihre Verkehrsunfähigkeit, solange sie noch als Individualität im Grabe ruhen[111]). Denn solange die Beisetzungsstätte noch erkennen läßt, daß hier die Gebeine eins bestimmten Menschen ruhen, ist sie Gegenstand religiöser Achtung und genießt daher besonderen rechtlichen Schutz, der z. B. in § 168 StGB. zum Ausdruck kommt. Da dieser Schutz dem Grabe auch dann noch gewährt wird, wenn in ihm nur noch die Knochenreste des Verstorbenen ruhen, soweit die Ruhestätte eben durch sorgfältige Pflege noch als „Grab" erhalten ist, so muß dies auch von den in ihm ruhenden Gebeinen gelten. Durch die Würde der Beisetzungsstätte und den Umstand, daß sich aus der Grabinschrift eine Vorstellung von der Persönlichkeit des Toten gewinnen läßt, bleiben hier die menschlichen Überreste Gegenstand des Pietätsgefühls. So kann durch sorgfältige Grabesverwahrung (z. B. bei den deutschen Kaisern) noch lange das Pietätsgefühl der Lebenden geweckt und damit besondere rechtliche Behandlung gesichert werden. Es dürfte auch der allgemeinen Auffassung entsprechen, in solchen Fällen den im Grabe ruhenden Überresten nicht nur eine rechtliche Sonderstellung zuzubilligen, sondern sie auch als Leichnam zu bezeichnen, sofern sie sich noch als Einheit darstellen.

Abwegig erscheint in diesem Zusammenhang die Abgrenzung des Leichnamsbegriffs durch Cramer[112]): „Der Leichnam ist die entseelte Hülle eines Menschen, solange sie noch nicht bestattet und damit Bestandteil des Erdbodens geworden ist." Besonders seine Folgerung, daß durch die Ausgrabung des toten Körpers wieder ein Leichnam vorhanden sei, zeigt, daß es auf diese Unterscheidung nicht ankommt. Denn es erscheint merkwürdig, durch Ein- und Ausgraben des toten Menschenkörpers seine Leichnamseigenschaft verschwinden und wiederaufleben zu lassen.

---

[111]) So auch Schreuer: s. o. und Festg. S. 275. Ähnlich: Rausnitz: S. 594.
[112]) Vgl. Cramer: S. 20; dagegen insbesondere Henne: S. 3.

Schwierig sind die Fragen, die sich bei der zivilrechtlichen Behandlung von Leichenteilen ergeben. Die Leichenteile unterscheiden sich von dem Leichnam durch den Mangel der Einheit der menschlichen Gestalt[113]). Diese kann auch dann vorliegen, wenn abgetrennte Körperteile wieder zur natürlichen Einheit zusammengefügt werden[114]). Im einzelnen herrscht darüber Uneinigkeit, was als Leichnam oder nur als Leichenteil zu gelten hat. So ist man sich zwar klar darüber, daß trotz des Fehlens einzelner Teile der Begriff des Leichnams dennoch erfüllt sein kann[115]). Jedoch wird teilweise[116]) angenommen, daß das Vorhandensein des größeren Teils des Körpers bereits genüge, während andererseits als Mindesterfordernis das Vorliegen von Kopf und Rumpf verlangt wird[117]). Die letzte Ansicht dürfte den Vorzug verdienen. Denn der Kopf ist doch das kennzeichnendste Merkmal einer Persönlichkeit, so daß sein Fehlen ohne weiteres den Mangel empfinden läßt und damit das Merkmal der Einheit fehlt. Zu diesem Ergebnis führt außerdem die Erwägung, daß auch dem lebenden Menschen wohl einzelne Glieder, nicht aber Kopf und Rumpf fehlen können.

Der Unterschied zwischen Leiche und Leichenteilen scheint mir jedoch — im Gegensatz zum geltenden Strafrecht — für die zivilrechtliche Behandlung nicht maßgebend zu sein. Denn für diese kommt es, worauf hier schon vielfach hingewiesen wurde, darauf an, ob noch Pietätsempfindungen den menschlichen Überresten gegenüber in Betracht kommen. Das kann aber auch noch bei Leichenteilen durchaus der Fall sein, soweit nämlich der Leichenteil noch als Rest einer bestimmten menschlichen Persönlichkeit erkennbar ist. Diese Voraussetzung wird z. B. beim Kopf zutreffen; denn hier ist es der Leichenteil selbst, der noch einen bestimmten Toten kennzeichnet. Allerdings kommt es hier, wie auch sonst, naturgemäß auf die Erhaltung des Leichenteils an. Ein durch teilweise oder gänzliche Verwesung zerstörter Schädel wird im allgemeinen nicht mehr allein

---

[113]) So Kahl: Vergl. Darst. Bes. Teil Bd. III, S. 63; Leipz. Komm. z. StGB. Anm. 2 zu § 168.

[114]) Vgl. Josef: Gruch. Beitr. Bd. 65, S. 314.

[115]) Vgl. Olshausen: Nr. 3 zu § 168; Kohler: Studien Bd. I, S. 218; Frank: Anm. 1 zu § 168; Crusen: S. 41.

[116]) So: Kohler s. o.

[117]) So: Crusen s. o.

aus sich heraus die oben gekennzeichneten Voraussetzungen erfüllen, deren Vorliegen Tatfrage ist. Andere Teile als der Kopf werden durch ihr Äußeres allein in der Regel nicht mehr die erforderliche Individualisierung ergeben. Es kann jedoch sein, daß andere, außerhalb des Leichenteils selbst liegende, Umstände die Persönlichkeitsbeziehung herstellen können. Das ist z. B., wie bereits oben für den vollständigen Leichnam festgestellt wurde, der Fall, wenn die Überreste in einer noch als Grab zu bezeichnenden Beisetzungsstätte ruhen.

Für die hier vertretene Auffassung, daß auch Leichenteile noch außerhalb des Rechtsverkehrs stehen können, spricht auch die Fassung des § 367 Ziff. 1 StGB. Denn würden Leichenteile im Eigentum der Erben oder Hinterbliebenen stehen, so würde § 367 Ziff. 1 einen privilegierten Fall des Diebstahls enthalten. Das Strafgesetzbuch spricht aber hier wie in § 168 von der unbefugten Wegnahme eines Teils einer Leiche „aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Personen", während es sich in den privilegierten Fällen des Diebstahls, z. B. in den §§ 248 a, 291, 370 Ziff. 2 und 5 einer anderen Formulierung bedient. Auch aus den Motiven zum StGB. geht hervor, daß es sich hier nicht um eine Sonderbestimmung zu § 242 StGB., sondern zu § 168 handelt[118]).

Die oben gekennzeichneten Gesichtspunkte kommen auch für die privatrechtliche Beurteilung der menschlichen Aschenreste in Betracht. Nach allgemeiner Auffassung sind sie nicht mehr als Leichnam anzusehen, aber auch als Leichenteil können sie nicht mehr gelten. Denn der Begriff des Leichnams setzt voraus, daß durch Zusammensetzung der Leichenteile wieder ein Leichnam entstehen würde. Der herrschenden Lehre[119]), daß die menschliche Asche gleichwohl stets ebenso wie der Leichnam zu behandeln sei, dürfte nicht so ohne weiteres beizutreten sein. Denn wenn nicht besondere Zeichen darauf aufmerksam machen, ist aus der physischen Beschaffenheit die menschliche Herkunft nicht mehr zu erkennen, so daß auch keine Pietätsempfindungen geweckt werden. Die mensch-

---

[118]) § 146 im 12. Abschn. S. 148, 149.

[119]) Vgl. Merkel: S. 8, 47; Klusemann: S. 40; v. Gierke: Dt. Privatr. II S. 32, Anm. 37; Gareis: Seuff. Arch. Bd. 70, S. 320 f.; RG. in Seuff. Bl. Bd. 70, S. 14; Henne: S. 5.

liche Asche ist daher m. E. als gewöhnliche verkehrs- und eigentumsfähige Sache zu behandeln, soweit sie nicht durch Beisetzung in einer Urne oder in einem Grabe als Überrest einer bestimmten menschlichen Persönlichkeit erkennbar ist. Sind allerdings — wie es ja wohl in der Regel sein wird — diese Voraussetzungen gegeben, so gebührt auch den Aschenresten die rechtliche Sonderstellung des Leichnams.

Bestritten ist auch die rechtliche Behandlung der Mumie. Teilweise wird angenommen, daß es sich hier überhaupt nicht mehr um einen Leichnam handelt[120]). Zur Begründung wird angeführt, daß ihnen gegenüber Pietätsempfindungen nicht mehr in Betracht kämen. Diese Auffassung dürfte nicht zutreffend sein. Denn würde es für den Leichnamsbegriff auf diese psychologischen Gesichtspunkte ankommen, so müßte die herrschende Lehre, die auch bei noch unzerlegten, der Anatomie überlassenen Leichen Pietätsempfindungen in Abrede stellt[121]), diese nicht mehr als Leiche bezeichnen. Es ist aber offensichtlich, daß es für die Leichnamseigenschaft des toten menschlichen Körpers ohne Bedeutung ist, ob er sich in einer Anatomie oder sonstwo befindet. Es kommt vielmehr für die Feststellung, ob ein Leichnam vorliegt, nur auf die physische Beschaffenheit an. Die von diesem Gesichtspunkt aus erforderlichen Voraussetzungen sind jedoch gegeben[122]): es handelt sich um einen leblosen menschlichen Körper, bei dem der natürliche Zusammenhang zwischen den einzelnen Teilen noch gewahrt ist. Nun ist dagegen geltend gemacht worden, daß hier „Zeit und Menschenhand eine Spezifikation" vorgenommen hätten[123]). Mir scheint gerade das Gegenteil zuzutreffen: durch Menschenhand ist die sonst unausbleibliche Spezifikation durch natürlichen Zerfall verhindert worden. Daß es im übrigen keinen Unterschied macht, ob hier durch künstliche Behandlung oder durch natürliche Verhältnisse der menschliche Körper die Zeiten überdauert, geht auch daraus hervor, daß

---

[120]) Schwerin: S. 659; Endemann: 30, VII, S. 227; Schreuer: Festg. f. Bergb. S. 275; Kramer: a. a. O.

[121]) Vgl. dazu S. 37 f.

[122]) Gl. M.: Allfeld: S. 576; Josef: Gruch. Beitr. Bd. 65, S. 315; Misch: S. 185; v. Liszt-Schmidt: § 118, V, S. 413; Kahl: Vergl. Darst. Bes. T. Bd. 3, S. 6; Olshausen: Nr. 1 d zu § 168; Schultheis: S. 40.

[123]) So Kramer a. a. O.

offenbar Moorleichen oder die völlig erhaltenen Körper verschütteter Pompejaner die gleiche rechtliche Behandlung wie Mumien finden müssen. Denn maßgebend dafür, daß man den Mumien nicht die gleiche Sonderstellung wie anderen Leichen einräumen will, ist doch der Umstand, daß sie als Überreste der fernen Vergangenheit Gegenstand historischen Interesses sind. Sind Mumien, Moorleichen usw. aber tatsächlich nur „geschichtliche Denkmäler“[124]), denen gegenüber Pietätsempfindungen nicht mehr in Betracht kommen? Ist nicht vielmehr auch jede historische Betrachtung der Mumie von dem Gedanken untrennbar, daß diese vor uns liegende Hülle einst einem Menschen dieser anderen Kulturepoche zu eigen war? Es wird daher wieder darauf ankommen, ob sich aus dem Äußeren der Leiche selbst oder aus bei der Entdeckung vorgefundenen Zeichen noch ein Bild von der Persönlichkeit des Toten gewinnen läßt. Soweit dies der Fall ist, sind Mumien, Moorleichen usw. Gegenstand des Pietätsgefühls und genießen daher die rechtliche Sonderstellung[125]). Anderenfalls sind sie gewöhnliche verkehrs- und eigentumsfähige Sachen[126]). Jedoch ist es bei Mumien häufig der Fall, daß wir wissen, um wessen Überreste es sich handelt und daß wir auch die Lebensgeschichte des Toten kennen. An solchen Leichen würde an sich das Familienrecht der Totenfürsorge bestehen. Doch wird es hier meistens keine Hinterbliebenen mehr geben. In diesen Fällen steht dem Staat, dem der Verstorbene zu Lebzeiten angehört hat, das Verfügungsrecht über den Leichnam zu, da er ein Persönlichkeitsrecht an dem Verstorbenen hatte. Ist dieser Staat nicht mehr vorhanden, so ist derjenige Staat, der zur Zeit der Auffindung der Leiche die Gebietshoheit ausübt, zur Verfügung berechtigt. Demjenigen, dem von dem Staat die Mumie zu wissenschaftlichen

---

[124]) So Schreuer: Festg. f. Bergb. S. 275.

[125]) Den Unterschied, ob die Mumie noch Gegenstand religiöser Achtung ist, machen auch: Olshausen: Nr. 1 d zu § 168; Leipz. Komm. z. StGB. Anm. 2 zu § 168; Hegemann: S. 26.

[126]) Dies nehmen unterschiedslos für alle Mumien an: Enneccerus: § 114, I, 1, S. 288; v. Giercke: Dt. Privatr. Bd. II, S. 36; Dernburg: III, § 1, Ziff. 5; Biermann: I, § 104, Ziff. 4; Soergel: Anm. 3 zu § 90; Staudinger: Anm. 3 zu § 90; Staudinger: Anm. 3 zu § 90; Rausnitz: Recht 03, S. 594; Schwerin: S. 659; Josef: Gruch. Beitr. Bd. 65, S. 317. Anderer Meinung die in Anm. 125 Genannten, sowie Schultheis: S. 40; Schwartz: StGB. § 242, N. 4.

Zwecken überlassen ist, ist „zum Gewahrsam berechtigt" im Sinne des § 168 StGB. und als Inhaber eines absoluten Rechts in der Lage, rechtswidrige Angriffe Dritter abzuwehren. Für einbalsamierte Leichen von Verstorbenen unserer Zeit gilt jedoch — wie bereits oben festgestellt — das Recht der Angehörigen wie bei nicht präparierten Leichen.

Ähnliche Erwägungen kommen für die rechtliche Behandlung von der Anatomie überlassenen Leichen in Betracht. Wohl allgemein[127]) ordnet man sie unter die gewöhnlichen eigentumsfähigen Sachen ein. Meistens findet sich als Begründung die Feststellung, daß der Leichnam hier in den Verkehr gekommen und daher nicht mehr Gegenstand religiöser Achtung sei. Aber was hier vorausgesetzt wird, das ist ja gerade die Frage: Ist denn wirklich der Leichnam durch die Überlassung an die Anatomie Gegenstand des Rechtsverkehrs geworden? Diese Frage muß aber verneint werden. Denn die Überlassung an die Anatomie geschieht zu wissenschaftlichen, nicht aber zu Handels- oder sonstigen Verkehrszwecken. Soweit die Überlassung auf Veranlassung des Verstorbenen oder durch die Hinterbliebenen erfolgt, wird von diesen der Zweck verfolgt, der Anatomie, und damit der Wissenschaft zu dienen. Auch die öffentlichrechtlichen Bestimmungen, die ein Sektionsrecht der Anatomien begründen[128]), dienen der Förderung der Wissenschaft, ebenso wie die Anatomien selbst nur an der wissenschaftlichen, nicht aber an der geschäftlichen Verwertung der Leichen interessiert sind. Für diese Zwecke ist es auch nicht erforderlich, daß der Leichnam Gegenstand des Rechtsverkehrs ist. Denn ein Schutz der Anatomie in Bezug auf die ihr überlassenen Leichen ist — wie noch weiter unten ausgeführt werden wird — auch ohne die Annahme eines Eigentums der Anatomie gegeben. Auch der Gesichtspunkt, daß der Leichnam durch die Überlassung an die Anatomie jetzt Gegenstand wissenschaftlichen Interesses sei, kann aus den oben erwähnten Gründen nicht diese Ansicht stützen, insbesondere auch deshalb nicht, weil

---

[127]) Vgl. Olshausen: Nr. 1 d zu § 168; Leipz. Komm. z. StGB. Nr. 2 zu § 168; v. Liszt-Schmidt: § 118, V, 1; Kahl: Vergl. Darst. Bes. Teil, Bd. 3, S. 64; Meyer-Allfeld: S. 576; Merkel: Sächs. Arch. Bd. 14, S. 683; Johnsen: S. 73 f.; Warneyer: Bd. I, Anm. 6 zu § 1; Cosack:Bd. I, § 41, Z. 1; Planck: Anm. 2 a; wohl auch: Frank: Anm. I zu § 168.

[128]) Näheres dazu auf S. 26 f.

ja auch der lebende Mensch während seiner Behandlung im Krankenhaus Gegenstand wissenschaftlichen Interesses ist. Schließlich kann m. E. auch die Behandlung des Leichnams, die er in der Anatomie erfährt, das Vorliegen von Pietätsempfindungen nicht beseitigen. Denn auch am lebenden Menschenleibe werden Operationen vorgenommen, die keinen Angriff gegen die Person enthalten. So vernichtet auch die Bestimmung solcher Leichen zur wissenschaftlichen Zerlegung nicht das Pietätsgefühl, da sie keinerlei Beschimpfung des Toten enthält. Es ist auch nicht einzusehen, weshalb einem Leichnam der anderen Leichen zukommende Schutz nur aus dem Grunde versagt werden soll, weil er wissenschaftlichen Zwecken dienen soll. Weiter ist nicht recht verständlich, warum im Gegensatz dazu eine Leiche Gegenstand des Pietätsgefühls wieder werden soll, wenn sie nach der Obduktion wiederzusammengefügt den Angehörigen zur Beerdigung übergeben wird. Es dürfte auch nicht darauf ankommen, ob „noch Bestattungsabsicht besteht oder nicht“ [129]). Denn auf wessen Absichten soll es ankommen, und soll von einem so unsicheren Moment, das jeden Augenblick wechseln kann und jeder äußeren Feststellbarkeit entzogen ist, die rechtssystematische Einordnung, also eine grundlegende Unterscheidung abhängen? Wird denn wirklich allein durch die Überlassung an die Anatomie der Leichnam zu einer gewöhnlichen Sache, bei der keine Pietätsverletzung vorliegt, wenn jemand die noch unzerlegt in der Anatomie liegende Leiche seines Feindes in beschimpfender Absicht verstümmelt?

Man wird daher die Anatomieleichen ebenso wie alle anderen Leichen behandeln müssen [130]), d. h. solange noch ein Leichnam vorliegt, besteht noch der besondere privatrechtliche Schutz. Die Zerlegung des Leichnams kann die menschlichen Überreste zu verkehrsfähigen Sachen machen, wobei es keine Rolle spielt, ob die Zerlegung rechtmäßig oder rechtswidrig ist [131]). Die Grenzen des zivilrechtlichen Schutzes bestimmen sich danach, ob nach den oben ge-

---

[129]) Vgl.:Ebermayer: JW. 1928, S. 2296; Beschluß des OLG. Hamburg vom 5. März 1928 in JW. 1928, S. 2285; Henne: S. 4.

[130]) Vgl.: Rausnitz: Recht 03, S. 594; Soergel: Anm. 3 zu § 90; Schreuer: Festg. f. Bergb. S. 276, der allerdings eine gewisse „Entrechtung“ anerkennt; Cohn: JW. 1928, S. 2295, der es auch auf den Zustand der Leiche abstellt.

[131]) Vgl. S. 30 f.

machten Feststellungen[132]) der Zustand der Überreste noch Pietätsempfindungen erweckt.

Ist die Anatomie auf legalem Wege, sei es durch privatrechtlichen Akt oder auf Grund öffentlichrechtlicher Bestimmungen[133]), in den Besitz des Leichnams gekommen, so ist sie „zum Gewahrsam berechtigt" im Sinne des § 168 StGB. Da sich diese Bestimmung auch als Schutzvorschrift zugunsten der Gewahrsamsberechtigten darstellt, kann die Anatomie bei Wegnahme der Leiche und ebenso bei der Wegnahme von Leichenteilen (vgl. dafür § 367 Ziff. 1 StGB.) gemäß § 823 Abs. 2 BGB. vorgehen. Im übrigen wird man das Recht der Anatomie auch als ausschließliches im Sinne des § 823 Abs. 1 bezeichnen müssen, so daß sich die Anatomie auch gegen Eingriffe sonstiger Art schützen kann.

II. Der Schutz des letzten Willens im Totenrecht.

Im vorstehenden ist schon öfters davon die Rede gewesen, daß der Wille des Verstorbenen im Totenrecht eine Rolle spielt. Inwieweit es einen Schutz des letzten Willens des Toten gibt, und mit Hilfe welcher Rechtsinstitutionen er zur praktischen Geltung gelangt, das soll nun im folgenden Abschnitt untersucht werden.

Eins ist zuvor festzustellen: es soll hier nicht schlechthin von der Berücksichtigung des letzten Willens die Rede sein. Die vermögensrechtliche Wirksamkeit letztwilliger Verfügungen ist im BGB. ausführlich geregelt. Sie hier zu schildern würde daher zu weit führen und über den Rahmen dieser Arbeit, die dem Totenrecht gewidmet ist, hinausgehen.

Hier interessieren daher im wesentlichen diejenigen letztwilligen Verfügungen, die Anordnungen über Art und Ort der Beisetzung enthalten. Die rechtliche Möglichkeit und Erheblichkeit solcher Verfügungen ist wohl in Rechtsprechung und Schrifttum unbestritten. Sie ergibt sich mit zwingender Logik aus dem BGB., das ausdrücklich die Wirksamkeit letztwilliger Verfügungen über das Vermögen anerkennt. Wenn man aber gültig über das Schicksal seines Vermögens letztwillig verfügen kann, so muß man erst recht über das

---

[132]) Vgl. S. 30 f.

[133]) Vgl. dazu S. 26 f.

Schicksal seines Körpers nach dem Tode bestimmen können. Eher läßt sich die Möglichkeit, über sein Vermögen letztwillige Verfügungen zu treffen, wegdenken, als die, über das Schicksal seines Leichnams zu bestimmen.

Daß das übrigens auch die Meinung des Gesetzgebers ist, geht aus § 2225 der Reichstagsvorlage hervor, aus der ersichtlich ist, daß früher geplant war, eine Bestimmung in das BGB. aufzunehmen, in der für letztwillige Verfügungen über das Schicksal des eigenen Leichnams, insbesondere über das Begräbnis, auch die Form des eigenhändigen Testaments genügen sollte. Diese Bestimmung ist — nach der Meinung des Reichsgerichts[134]) — nur gestrichen worden, weil sie nach der allgemeinen Anerkennung des eigenhändigen Testaments als ordentlicher Testamentsform überflüssig geworden war[135]). Daß die Zulässigkeit solcher Anordnungen festes Gewohnheitsrecht ist, geht daneben noch aus § 169, 12, I ALR. hervor

So sicher aber auch die rechtliche Wirksamkeit solcher letztwilligen Anordnungen ist, so wenig klar ist es, was eigentlich die Quelle dieser Verfügungsmacht bildet. Trotzdem man vielleicht einwenden könnte, daß eine solche Untersuchung müßig sei, weil über das Ergebnis ja Einigkeit herrsche, möchte ich hier doch auf diese Frage eingehen. Denn es handelt sich hier gerade um Probleme, die für die geistige Grundlage des Totenrechts von großer Bedeutung sind, nämlich um das rechtliche Verhältnis des Menschen zum eigenen Körper.

Daß das Recht über den Tod hinaus Verfügungen über seinen Körper rechtswirksam zu treffen, auf diesem Verhältnis beruht, bedarf wohl keiner weiteren Erörterung. Wohl aber ist es schwierig, wenn nicht unmöglich, dieses Verhältnis rechtlich scharf zu charakterisieren. Die früher einmal vertretene Ansicht, hier ein Sachenrecht und zwar Eigentum anzunehmen[136]), dürfte jetzt wohl kaum noch vertreten sein. Ebenso war bereits im römischen Recht die Auffassung anerkannt, daß man an seinem eigenen Körper kein

---

[134]) Vgl. RG. v. 7. 3. 1912 in JW. 1912, S. 540, und Gruch. Beitr. Bd. 56, S. 1007.

[135]) Gl. Meinung: Josef: Gruch. Beitr. Bd. 65, S. 309 f., und v. Blume: S. 402.

[136]) So Vangerow: Lehrb. der Pandekten, Bd. 1, S. 72, § 34 (7. Aufl. 1875).

Eigentum haben könne (dominus membrorum suorum nemo videtur)[137]. Man ist sich einig darüber, daß der Körper des lebenden Menschen nicht Sache, sondern Teil der Persönlichkeit ist.

Die Bestrebungen, dieses Verhältnis rechtlich zu qualifizieren, hat dazu geführt, hier ein besonderes Persönlichkeitsrecht anzuerkennen. Der markanteste Vertreter dieser Auffassung[138] dürfte Gareis sein, der — im Anschluß an die schon früher von Puchta[139] und Andreas Heusler[140] geäußerten Gedanken — zu einer Unterscheidung von Subjekt und Objekt im disponierenden Menschen kommt[141]. Ausführlich legt er dar, wie im Laufe der Entwicklung die Völker über die Anerkennung eines Rechts am fremden Körper des Schuldners zur Annahme der Selpmundschaft und damit einer Rechtsgewalt an der eigenen Person gekommen sind. Dieses „Herrschaftsrecht des freien Menschen über sich selbst" soll nach dieser Ansicht das erste und vollkommenste aller Privatrechte sein.

Ich glaube, daß man ein Recht des Menschen an seinem Körper nicht anerkennen kann[142]. Denn von einem Recht kann man doch wohl nur da sprechen, wo eine Beziehung möglich ist, wo also eine Trennung von Rechtssubjekt und Rechtsobjekt vorliegt. Die „logische Spaltung des rechtsfähigen Menschen in das berechtigte Subjekt, das abstrakte und zugleich konkrete Ich einer- und das von diesem beherrschte Objektive im freien Menschen andererseits", die Gareis in dieser Hinsicht vornimmt, bedeutet nichts weiter, als eine Anwendung dualistischer Weltanschauung auf das Gebiet des Rechts. Den Streit philosophischer Meinungen, insbesondere des seit Jahrtausenden umstrittenen Problems von Leib und Seele, in die

---

[137]) L. 13. pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2.

[138]) Windscheid-Kipp: Lehrb. d. Pand. S. 174; v. Savigny: System d. röm. R. Bd. I, S. 336; Binding: Normen, Bd. 1, S. 190 f.; Bekker: Pandekten: Bd. I, S. 288; Regelsberger: Pandekten, Bd. I, S. 413 und 198; Kohler: Bürgerl. Recht, Bd. III, 1, S. 1; v. Gierke: Dt. Privatrecht, Bd. I, S.258.

[139]) Pandekten: 47.

[140]) Institutionen Bd. I, § 22, S. 103, 104.

[141]) Vgl. dazu die ausführliche geschichtliche Entwicklung bei Gareis, Festg. f. Schirmer, S. 61 ff. Ähnlich: Klusemann: § 4, S. 10 f.; Hegemann: S. 38; Koppe: S. 14 f. und S. 32.

[142]) Ebenso: Unger: System d. österr. Privatr. Bd. I, 1856, S. 505 f., und Schreuer: Festg. f. Bergbohm, S. 247.

Rechtswissenschaft hineinzutragen, halte ich aber für einen verhängnisvollen Schritt, der eine Quelle von Rechtsverwirrung und Rechtsunsicherheit bedeuten würde. So hängt m. E. auch im vorliegenden Falle die Entscheidung der Frage, ob ein Recht des Menschen an seinem Körper anzuerkennen ist, lediglich davon ab, ob man sich zum Dualismus oder zum Monismus bekennen will.

Für das, auf praktische Bedürfnisse hinzielende, Recht bedeuten der Mensch und sein Körper, mag man auch philosophisch eine Spaltung vornehmen, jedenfalls ein untrennbares Ganzes: für das Rechtsleben gibt es nur einen Menschen, eine Persönlichkeit.

Nimmt man übrigens mit Gareis diese Spaltung im Menschen vor, so ist eigentlich nicht recht einzusehen, wieso in Bezug auf das vom menschlichen Willen beherrschte Objektive nicht auch ein Eigentum denkbar ist.

Auch Schreuer[143]) lehnt ein solches Persönlichkeitsrecht des Rechtssubjekts mangels eines besonderen Herrschaftsobjekts ab, aber auch er erkennt das Bestehen von Persönlichkeitsrechten ausdrücklich an. Nur sind es seiner Meinung nach nicht Rechte an der eigenen, sondern Rechte d e r Persönlichkeit. Er führt das Existenzrecht an und meint, daß es ein Minimum und zugleich das Fundament aller anderen Rechte sei. Es sei ein wirkliches Recht und nicht bloß ein faktischer Zustand, da die Person nicht ein außerrechtliches Ding sei, dem die Rechtsordnung in der Form von Rechten etwas zum Haben in die Hand drücke. Damit seien die Persönlichkeitsrechte zu vollen Privatrechten erklärt.

Dieser Ansicht Schreuers vermag ich nicht beizustimmen. Denn selbst, wenn man ihm zugeben wollte, daß der Mensch ein — nicht philosophisches, sondern juristisches — Recht zu leben hat, ein Recht zur Entfaltung seiner Persönlichkeit, so handelt es sich hier doch jedenfalls nicht um ein Privatrecht. Dieses Recht der Persönlichkeit ist ein Recht gegenüber der Gesamtheit der anderen Menschen, ist ein soziales Recht und daher im Rechtsstaat ein öffentliches Recht. Von einem Privatrecht kann man doch hier nur dann sprechen, wenn es sich um die Beziehung des Menschen zu sich selber, also nach innen handelt. Steht dagegen eine Beziehung nach außen, zur Ge-

---

[143]) So Schreuer im Anschluß an von Gierke (I, S. 250) in Festg. S. 247.

samtheit der übrigen Menschen, zum Staat in Frage, so kann nur ein soziales oder öffentliches Recht in Betracht kommen. Im vorliegenden Falle handelt es sich nach den im öffentlichen Recht von der Wissenschaft entwickelten Begriffen nicht um ein subjektiv öffentliches Recht, sondern um eine sogenannte Freiheit.

Die Verfügungsgewalt über den eigenen Körper hat daher ein doppeltes Gesicht: soweit das Verhältnis nach innen in Betracht kommt, ist sie privatrechtlicher, soweit es sich um das nach außen handelt, öffentlichrechtlicher Natur. Beide zusammen, allerdings, da es sich hier um privatrechtliche Verfügungen handelt, insbesondere das Verhältnis des Menschen zu sich selbst, bilden die rechtlich anerkannte Fähigkeit, über das Schicksal seines Körpers zu bestimmen. Wenn es sich auch hier nicht um ein „Recht" an der eigenen Person handelt, so liegt das nur daran, daß dieses Verhältnis zu eng ist, um einen Gegensatz von Rechtssubjekt und Rechtsobjekt festzustellen. Dieses Verhältnis ist aber gegenüber einem Persönlichkeits-„recht" nicht ein Weniger, sondern ein Mehr, ebenso wie das Persönlichkeitsrecht wieder stärker ist als Eigentum[144]).

Es wird sich nun darum handeln, Form und Inhalt solcher letztwilligen Verfügungen festzustellen.

Was den Inhalt der Anordnungen betrifft, so kann allgemein gesagt werden, daß sie das Schicksal des Leichnams und die Art des Begräbnisses regeln können. Am bedeutsamsten erscheint hier neben den Verfügungen zugunsten einer Anatomie die Anordnung der Feuerbestattung. Davon, daß eine derartige Bestimmung gegen die guten Sitten verstößt, kann man jedenfalls jetzt nicht mehr reden. Die Verbrennung des Leichnams in Krematorien wird in so pietätvoller Weise vollzogen, daß sie mindestens von der Mehrheit nicht als gegen religiöse Gefühle verstoßend empfunden wird. Auch die gesetzliche Anerkennung der Feuerbestattung[145]) als einer der Beerdigung ebenbürtigen Beisetzungsart muß zu dieser Auffassung

---

[144]) Daher erwirbt bei Trennung von Körperteilen beim lebenden Menschen der frühere Inhaber nach § 953 BGB. (analog) nicht nur ein Aneignungsrecht, sondern Eigentum (vgl. Oertmann: Anm. 6 e zu § 90).

[145]) Vgl. in Preußen: Gesetz vom 14. September 1911, in Sachsen: Gesetz vom 30. November 1920.

führen. Die Ansicht der wenigen, die die Feuerbestattung als pietätlos empfinden, kann daher nicht zur Unwirksamkeit solcher Anordnungen führen und damit die Vollziehung des letzten Willens vereiteln.

Allerdings muß darauf hingewiesen werden, daß nach katholischem Kirchenrecht auch heute noch die Verbrennung verboten ist, und auch die Vollziehung einer dahingehenden letztwilligen Anordnung in jedem Falle untersagt ist[146]).

Außerdem können Verfügungen getroffen werden, die im einzelnen die Beisetzung regeln, so auf welchem Friedhof, bzw. in welchem Krematorium die Beisetzung erfolgen soll, ob ein Grabstein gesetzt werden und welche Inschrift er tragen soll usw.

Für alle Verfügungen gilt aber, da es sich um Rechtsgeschäfte handelt, die Grenze des § 138 BGB. Diese Einschränkung muß gemacht werden, obwohl der Mensch zu seinen Lebzeiten völlig frei über seinen Körper verfügen kann. Denn hier spielen die Hinterbliebenen eine Rolle. Sie sind es, die die Verfügungen des Toten zur Ausführung bringen sollen. Es kann ihnen nicht zugemutet werden, Bestimmungen des Verstorbenen auszuführen, die gegen ihr Pietätsgefühl verstoßen. Inhalt des Pietätsgefühls ist nämlich nicht nur, den Willen des Verstorbenen auszuführen, sondern auch dem Leichnam eine würdige Behandlung angedeihen zu lassen, die Sitte und Herkommen entspricht. Die Frage, ob die Bestimmung gegen die guten Sitten verstößt, beurteilt sich daher auch weder allein nach der Auffassung des Verstorbenen, noch allein nach der der Hinterbliebenen; die Anordnung muß vielmehr objektiv — allerdings unter Berücksichtigung der näheren Umstände — einen Verstoß gegen das Pietätsgefühl enthalten.

Schwierig ist die Frage, wie solche letztwilligen Verfügungen zur rechtlichen Wirksamkeit gelangen. Verhältnismäßig einfach liegt die Sache da, wo Erben und Hinterbliebenen miteinander identisch sind, was in der Regel der Fall sein wird. Hier kann nämlich

---

[146]) Vgl. Codex iuris Canonici, liber 3, pars secunda, titulus 12, can. 1203: § 1: Fidelium defunctorum corpora sepelianda sunt, reprobata eorundem crematione. § 2: Si quis quovis modo mandaverit, ut corpus suum cremetur, illicitum est hanc exsequi voluntatem; quae si adiecta fuerit contractui, testamento aut alii quilibet actui, tanquam non adiecta habeatur.

die Anordnung im Wege der Auflage erfolgen (§ 1940 BGB.)[147]), da der Beschwerte gleichzeitig Inhaber des Totenfürsorgerechts ist. Die Folge einer solchen rechtswirksamen Auflage würde sein, daß im Falle der Nichtbefolgung ihre Vollziehung gemäß § 2194 BGB. durchgesetzt werden kann.

Dann, wenn Erben und Hinterbliebene auseinanderfallen, kann allerdings der Weg der Auflage nicht gewählt werden. Denn für den Erben würde die Vollziehung unmöglich sein, da ja das Bestimmungsrecht nicht ihm, sondern den Hinterbliebenen zusteht. Den Hinterbliebenen aber kann eine Auflage nicht gemacht werden; denn nach § 1940 BGB. kann nur ein Erbe oder ein Vermächtnisnehmer mit einer Auflage beschwert werden. Ich glaube auch nicht, daß man diese Vorschrift analog auf die Hinterbliebenen anwenden kann. Das folgt wohl schon daraus, daß die Durchführung einer solchen Auflage im Wege des § 2194 BGB. nicht erfolgen kann. Eine entsprechende Anwendung auch dieser Bestimmung ist aber kaum möglich.

Daß man in der Weise über das Schicksal seines Leichnams Anordnungen treffen kann, daß ein anderer bei Lebzeiten mit der Ausführung dieser Bestimmungen beauftragt und bevollmächtigt wird[148]) (§§ 662, 672 BGB.), glaube ich nicht. Denn § 672 BGB. geht doch wohl von der Voraussetzung aus, daß der Auftrag zu Lebzeiten des Auftraggebers ausgeführt werden soll, während im vorliegenden Falle die Ausführung überhaupt erst nach dem Tode des Auftraggebers stattfinden soll. Handelt es sich aber um eine solche nach dem Tode gewollte Handlung, so kommen die vom Gesetzgeber angegebenen Rechtsinstitutionen für Verfügungen von Todes wegen in Betracht.

Bei den hier in Frage stehenden Anordnungen würde eine solche Betrauung eines Dritten mit ihrer Ausführung etwa der Einsetzung eines Testamentsvollstreckers entsprechen. Ob die Einsetzung

---

147) So Brunner: S. 100; Oertmann: Anm. 6 e, γ αα zu § 90; Enneccerus: § 114, I, 1, S. 288 f.; Kipp: § 113, I; Hellwig: Pr. Vw. Bl. Bd. 35, S. 183 f.; Planck: Anm. 2 a, S. 173; RG. v. 7. 3. 1912 in JW. 1912, S. 540; Endemann: § 30, VII, c 3, S. 226; Hilse: Arch. f. Bürg. R. Bd. 26, S. 361; Josef: Gruch. Beitr. Bd. 65, S. 310; v. Blume: S. 407. — Anderer Meinung: (früher) Josef: Recht, Bd. 9, S. 103; Sandheim: Recht, Bd. 9, S. 43.

148) So: Endemann: Erbrecht § 30, VII, S. 225.

eines Testamentsvollstreckers allein mit dem Zweck, solche letztwilligen Verfügungen zur Ausführung zu bringen, möglich ist, ist bestritten. Ich habe dagegen keine Bedenken. Die Tatsache, daß dem Testamentsvollstrecker kein dingliches Recht am Leichnam zusteht, steht m. E. der Wirksamkeit nicht entgegen[149]). Denn auch den Hinterbliebenen, die ja sonst gewöhnlich solche Anordnungen auszuführen pflegen, steht ein solches Recht nicht zu, das auch hier gar nicht erforderlich ist. Zweifel könnte man vielleicht in der Hinsicht haben, ob man einem Testamentsvollstrecker nur diesen beschränkten Wirkungskreis zuweisen kann. Aber in dieser Richtung wird man wohl annehmen können, daß der Erblasser dem Testamentsvollstrecker auch geringere als die gesetzlichen Befugnisse übertragen kann[150]). In diesen Fällen wird es übrigens oft eine Frage der Auslegung sein, ob der Erblasser den Dritten nur zum Testamentsvollstrecker machen, oder ob er den Hinterbliebenen die ihnen sonst zustehenden Rechte entziehen und ihm übertragen wollte[151]). Im Zweifel wird das erstere anzunehmen sein.

Sollen die Anordnungen in der Weise durchgeführt werden, daß ihre Vollziehung nach § 2194 BGB. erfolgen oder vom Testamentsvollstrecker verlangt werden kann, so wird man freilich — da hier von den Instituten des Erbrechts Gebrauch gemacht wird — auch fordern müssen, daß sie in einer der für letztwillige Verfügungen vorgesehenen Formen erfolgen.

Trotzdem gelangen letztwillige Verfügungen auch dann, wenn sie formlos getroffen werden, zu rechtlicher Wirksamkeit. Das Recht der Hinterbliebenen, über Art und Ort der Beisetzung zu bestimmen, wird stets dadurch eingeschränkt, daß der Verstorbene in dieser Beziehung schon bestimmte Verfügungen getroffen hat. Das Recht der Hinterbliebenen ist daher gegenüber den letztwilligen Verfügungen stets nur subsidiär. Sie sind daher – soweit die Bestimmungen nicht aus den oben genannten Gesichtspunkten ungültig sind — zu ihrer Befolgung verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht nicht allein

---

[149]) Anderer Meinung: Kipp: § 113, I, Anm. 5.

[150]) So Josef: Gruch. Beitr. Bd. 65, S. 304 f.; KG. in OLG. E. Bd. 26, S. 347; Bayr. ObLG. in DJZ. 1913, S. 359.

[151]) Vgl. den Fall in RG. v. 7. 3. 12 in JW. 1912, S. 540, vgl. auch hier S. 20 u. Anm. 77.

auf sittlichem, sondern auch auf rechtlichem Gebiete, ja sie ist sogar in gewisser Weise erzwingbar. Denn will ein Familienangehöriger entgegen dem Willen des Verstorbenen anderweitig über Art und Ort der Beisetzung bestimmen, so kann von den anderen Hinterbliebenen im ordentlichen Rechtswege die Zustimmung zur Vollziehung des Willens des Verstorbenen verlangt werden, es sei denn, daß dieser gewichtige Gründe, die sich aus dem Pietätsgefühl ergeben, zur Weigerung hat[152]).

Besonderes Interesse beanspruchen infolge ihrer großen praktischen Bedeutung die Fälle, in denen jemand seinen künftigen Leichnam einer wissenschaftlichen Anstalt, insbesondere einer Anatomie überlassen will.

Hier ist zu unterscheiden zwischen den Fällen, in denen jemand einem Dritten ein Recht an seinem Leichnam einräumen will und denen, wo die Erben, bzw. die Hinterbliebenen zur Überlassung des Leichnams an den Dritten bestimmt werden sollen.

Die Wirksamkeit von rechtsgeschäftlichen Verfügungen, die einem Dritten ein Recht am Leichnam einräumen sollen, muß nach der hier vertretenen Auffassung in Abrede gestellt werden[153]). Einmal handelt es sich hier nicht um Verträge über eine künftige Sache, da der menschliche Körper nicht mit dem Eintritt des Todes zur Sache wird[154]). Da weder Eigentum noch ein sonstiges dingliches Recht am Leichnam möglich ist[154]), kann man auch nicht einem Dritten ein solches Recht durch letztwillige Verfügung einräumen. Der Leichnam kann daher weder unter Lebenden veräußert werden, noch Gegenstand eines Vermächtnisses sein[155]). Denn jede erbrechtliche Verfügung über den Leichnam würde voraussetzen, daß dieser zum Nachlaß gehört.

Auch eine Übertragung des „Aneignungsrechts“ kommt nicht in Betracht[156]), da einmal die Annahme eines Aneignungsrechts

---

[152]) Vgl. dazu: S. 44, S. 49 f.

[153]) Die Möglichkeit nehmen diejenigen an, die Sachqualität des Leichnams bejahen, so unter anderen: Alvensleben: S. 54, 55, der nur Verträge mit einem Arzt, und zwar als Naturalobligation, anerkennt.

[154]) Vgl. die Ausführungen S. 10 f., insbesondere S. 17.

[155]) A. M.: diejenigen, die den Leichnam als zum Nachlaß gehörig bezeichnen, u. a. Klusemann: S. 48; Oertmann: Anm. 6 e. γ

[156]) So Lassaly: Sächs. Arch. 1921, S. 183.

am eignen Leichnam logisch unmöglich ist, und außerdem der Leichnam nicht eine herrenlose Sache ist, die der Aneignung unterliegt.

Der Wille des Verstorbenen, daß sein Leichnam der Anatomie ausgeliefert werde, kommt jedoch zunächst insoweit in Betracht, als die Familienangehörigen in diesem Falle zu einer solchen Überlassung berechtigt sind[157]). Kann man nun aber auch seine Angehörigen durch letztwillige Anordnung zu einem solchen Verhalten verpflichten?

Davon, daß eine derartige Anordnung deshalb, weil der Leichnam in der Anstalt zerlegt werden soll, gegen die guten Sitten verstößt, kann nach zeitgemäßer Auffassung keine Rede sein[158]). Denn die Sektion dient idealen wissenschaftlichen Zwecken und ist für die Heilkunde und damit zum Wohl der Menschheit absolut erforderlich. Als Verstoß gegen die guten Sitten kommt bei solchen letztwilligen Anordnungen vielmehr der Gesichtspunkt in Betracht, daß die Angehörigen auch gegen ihren Willen gezwungen sein sollen, den Leichnam eines ihnen nahestehenden Menschen der Anatomie zur Zerlegung auszuliefern.

Sind solche Anordnungen nun aus diesem Grunde nicht rechtswirksam? Die Entscheidung der Frage bietet Schwierigkeiten. Denn auf der einen Seite steht hier der Wille des Verstorbenen, auf der anderen das Pietätsgefühl der Hinterbliebenen, das sich dagegen sträubt, den Leichnam in dieser Weise „zerstückeln" zu lassen. Dieses Gefühl der Angehörigen erfordert rechtliche Berücksichtigung. Hier liegt der Fall anders, als wenn ein Angehöriger die Verbrennung als pietätslose Bestattungsart empfindet. Denn diese ist jetzt allgemein auch gesetzlich als Beisetzungsform anerkannt, die der Beerdigung an Würde nichts nachgibt. Die ganz persönliche Ansicht eines Hinterbliebenen konnte dort daher unerheblich bleiben. Hier aber handelt es sich nicht um die Auffassung einiger weniger, sondern das Gefühl, das sich gegen die Zerlegung des Leichnams eines Angehörigen wehrt, ist so allgemein, daß es Anspruch auf rechtliche Berücksichtigung erheben kann.

---

[157]) Vgl. dazu auch S. 24, 25.

[158]) Dadurch wird jedoch die Feststellung nicht berührt, daß die gefühlsmäßige Einstellung Andersdenkender dennoch Schutz verdient. Vgl. dazu außer dem folgenden auch S. 24 f.

Trotzdem wird man die Anordnung des Verstorbenen doch als für die Angehörigen bindend ansehen müssen. Denn einmal kann man sagen, daß das Pietätsgefühl ebenso erheischt, dem Willen des Verstorbenen zu entsprechen, der mit seiner Anordnung zur Förderung der Wissenschaft beitragen wollte. Außerdem besteht aber hier auch ein öffentliches Interesse daran, solche Anordnungen für rechtsverbindlich zu erklären, da die Überlassung von Leichen an Anatomien für die Wissenschaft einfach unentbehrlich ist. Will man aber derartig weitgehende Einschränkungen machen, so würde — vorausgesetzt, daß die Hinterbliebenen von ihrem Recht Gebrauch machen — das Studium der Medizin unerträglich erschwert werden. Der vermittelnden Ansicht von von Blume[159]), der die Frage, ob eine solche Anordnung gegen die guten Sitten verstößt, davon abhängig macht, ob im Einzelfall das Pietätsgefühl der Angehörigen verletzt wird, halte ich für praktisch unbefriedigend. Denn für die Fälle, wo ein solcher Verstoß nicht vorliegt und die Hinterbliebenen daher die Anordnung befolgen werden, hat die Feststellung, daß sie zur Auslieferung auch verpflichtet sind, wenig Interesse. Da aber, wo die rechtliche Verpflichtung von Bedeutung ist, soll sie nicht bestehen. Außerdem wird doch eine objektive Feststellung, ob ein solcher Verstoß vorliegt, praktisch so gut wie unmöglich sein, so daß man sich in dieser Hinsicht auf die Erklärung der Angehörigen verlassen müßte.

Man wird daher zu folgenden praktischen Ergebnissen kommen: Trifft jemand eine solche letztwillige Anordnung im Wege der Auflage oder durch Einsetzung eines Testamentsvollstreckers, so ist sie, sofern die dafür geltenden Formvorschriften gewahrt sind, für die Angehörigen bindend. Die Anordnung kann bei der Auflage gemäß § 2194 BGB., bei der Einsetzung eines Testamentsvollstreckers aber durch diesen auch gegen den Willen der Angehörigen, erforderlichenfalls im ordentlichen Rechtswege durchgesetzt werden.

Das entgegenstehende Gefühl der Angehörigen findet dagegen dann rechtliche Berücksichtigung, wenn die Anordnungen der Testamentsform entbehren. Sie sind zwar — wie oben ausgeführt wurde — nicht ohne jede rechtliche Wirksamkeit, bilden aber für die An-

---

159) Vgl. v. Blume: Arch. f. d. Ziv. Praxis, Bd. 112, S. 406, und Schultheis: S. 39.

gehörigen nur eine im wesentlichen sittliche Verpflichtung. Der Hinterbliebene, dessen Pietätsgefühl sich gegen eine solche Behandlung des Leichnams sträubt, kann daher, da ihm ein wichtiger, auf dem Gebiet der Pietät liegender Grund zur Seite steht, die Vollziehung der Anordnung ablehnen und dadurch unmöglich machen.

Insoweit Anordnungen des Erblassers nach diesen Erwägungen als rechtsgültig anzuerkennen sind, ergibt sich eine weitere Frage: Können sich Anatomien auf die Weise die Überlassung eines Leichnams sichern, daß sie mit dem Testator einen Vertrag schließen, in dem sich dieser zu einer solchen letztwilligen Anordnung verpflichtet?

In der Regel pflegen solche Verträge entgeltlich zu sein, da sich die meisten Menschen nur durch eine angemessene Entschädigung zu einer solchen Anordnung bereit finden lassen. Soweit diese Verträge aber entgeltlich sind, werden sie jedenfalls — und zwar unterschiedslos[160]) — als unsittlich und damit als nichtig zu betrachten sein.

Aber auch unentgeltliche Verträge dieses Inhalts möchte ich für unmöglich halten. Wenn auch jemand freiwillig eine bindende Verfügung zugunsten der Anatomie treffen kann, so dürfte ein Vertrag doch gegen die guten Sitten verstoßen, der einen anderen zu einer solchen von ethischen Momenten abhängigen Verfügung zwingen will. Dieser Eingriff in die Persönlichkeitssphäre tritt besonders dann in Erscheinung, wenn dieser nachher anderen Sinnes geworden ist und nun ohne Vertragsbruch nicht seine Anordnung widerrufen kann.

III. Der Schutz des Grabes.

Die hauptsächlichste Forderung des Pietätsgefühls ist die Gewährung der Totenruhe[161]). Dazu gehört insbesondere, daß die Beisetzungsstätte denjenigen rechtlichen Schutz genießt, der ihr als Gegenstand religiöser Achtung nach Sitte und Gewohnheit zukommt.

---

[160]) Danach, ob der Testator reich oder arm ist, unterscheidet Josef: Gruch. Beitr. Bd. 65, S. 312.

[161]) Vgl. dazu die Ausführungen in RG. v. 25. Mai 1925 in Seuff. Arch. Bd. 79, Nr. 256; weiter: § 188, Teil II, Titel 11: „Ohne Erkenntnis des Staates soll niemandem das ehrliche Begräbnis auf dem öffentlichen Friedhof versagt werden.

Im Gegensatz zum römischen Recht, wo die res religiosae und sacrae extra commercium waren und im Eigentum der Manen des Verstorbenen standen, wird den Beisetzungsstätten im geltenden Recht keine privatrechtliche Sonderstellung eingeräumt. Der Schutz der Totenruhe ist z. Z. in erster Linie Aufgabe des Verwaltungs-[162]) sowie des Strafrechts[163]).

Der privatrechtliche Schutz hat daher geringeren Umfang. Er beschränkt sich darauf, die Zerstörung oder Beschädigung des Grabes mit privatrechtlichen Mitteln zu bekämpfen.

Im folgenden soll kurz gezeigt werden, wie die Rechtsverhältnisse am Grabe, Grabschmuck usw. zu betrachten sind, und welche Mittel sich auf Grund dieser Rechte zur Erzwingung der Totenruhe im Privatrecht ergeben.

Die Benutzung von öffentlichen Begräbnisstätten bestimmt sich gemäß Art. 133 EG. BGB. nach Landesrecht. (In Preußen also nach dem ALR.)

Die Friedhofsbenutzung wird allgemein durch Friedhofsordnungen geregelt, die zwar öffentlich-(polizei-)rechtlichen Charakter tragen, aber, soweit sie die Rechte der Grabstellenerwerber betreffen, doch über die privatrechtlichen Verhältnisse Aufschluß geben. Danach lassen sich allgemein folgende Feststellungen ableiten:

Der Grabstellenerwerber erwirbt durch die mit dem Friedhofseigentümer getroffenen Vereinbarungen kein Eigentum an der Grabstelle, auch nicht, wenn es sich um ein Erbbegräbnis handelt[164]). Hier kommt vielmehr nur ein Nutzungsrecht zur Entstehung. Dieses Recht ist obligatorischer Natur[165]); nur beim Erbbegräbnis wird teilweise ein dingliches Recht angenommen[166]). Inhaltlich steht das

---

[162]) Vgl. dazu S. 85 f.

[163]) Vgl. dazu S. 55 f.

[164]) Eigentum nimmt an: Schulte: Lehrb. d. ev. u. kathol. Kirchenr., § 195, I d. Dagegen die herrschende Meinung vgl. insbesondere: RG. v. 15. 4. 09, RGZ. Bd. 71, S. 22; Schwarz: Arch. f. Bürg. Recht, Bd. 32, S. 42; nähere Literatur unter Anm. 66.

[165]) Vgl. Gareis: in Seuff. Bl. Bd. 70, S. 311, und Lindemann-Soergel: Anm. 1 zu Art. 133 EG. BGB.; Ziffer 2 der Friedhofsordnung der Stadt Berlin v. 19. 4. 22.

[166]) So: RG. v. 13. 3. 1913 in JW. 1913, S. 652. Dagegen: Gareis in Seuff. Bl. Bd. 70, S. 311, und Brunner, S. 97 (Anm. 2 zu § 185 II 11 ALR.), der hier ein obligatorisches Recht annimmt.

Benutzungsrecht nach den Begriffen des BGB. einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nahe[167]), ohne daß die betreffenden Vorschriften hier zur Anwendung gelangen. Das Nutzungsrecht ist nur unter Angehörigen übertragbar und vererblich[168]). Es unterliegt daher nicht der Pfändung und Versteigerung[169]). Streitigkeiten, die die Benutzung der Grabstelle zum Gegenstand haben, gehören — soweit es sich um öffentliche Begräbnisstätten handelt — im allgemeinen vor die Verwaltungsbehörden[170]).

In bezug auf die rechtliche Stellung der Totenbeigaben wie Sarg, Denkmal, Grabschmuck usw. ist der herrschenden Lehre[171]) beizustimmen. Danach bleiben diese Gegenstände im Eigentum der Anschaffenden. Es ist zwar anzuerkennen, daß die Geber sich ihrer Rechte entäußern wollen, man will sie dem Toten mitgeben („Totenbeigaben"). Diesem Willen liegt die Vorstellung zugrunde, daß die Persönlichkeit noch den Tod überdauert. So deutlich es auch hier ist, daß man mit der Gewährung von Totenbeigaben nicht den Angehörigen oder gar den Erben etwas schenken, sondern dem Toten selbst eine Ehre erweisen will, so wenig kann diese Vorstellung entsprechende rechtliche Berücksichtigung finden. Denn es bleibt bei diesem auf religiösem Gebiet liegenden Willen; der Tote ist tot und nichts vermag etwas an der rechtlichen Tatsache zu ändern, daß er nicht mehr Rechtssubjekt sein kann. Der Tote erwirbt daher kein Eigentum an den Totenbeigaben. Die Ansicht Schreuers[172]), daß sie in das Persönlichkeitsrecht des Toten fallen, bedeutet rechtlich das gleiche und ist dem Wesen unseres Rechtssystems fremd. Diese Kon-

---

[167]) Brunner S. 97 und Gareis s. o. nehmen hier ein mietsähnliches Verhältnis an.

[168]) A. M.: Gareis: Seuff. Bl. Bd. 70, S. 313, der es für vererblich, und mit besonderer — nur bei Wahrung des Pietätsgefühls zu erteilender — Erlaubnis auch für veräußerlich hält.

[169]) A. M.: Brunner S. 98 und „Friedhof" 1915 S. 211.

[170]) Vgl. Gareis s. o. S. 311 und die dort von ihm zitierten Bestimmungen in Friedhofsordnungen; Ausnahmen bei kirchl. Friedhöfen; vgl. S. 87 f.

[171]) Gareis s. o. S. 315 und dortige Zitate; Lassaly S. 186 und Brunner s. o.

[172]) Festg. f. Bergbohm, S. 277.

struktion ermangelt aber auch der erforderlichen Schärfe und führt daher zu praktisch nicht haltbaren Ergebnissen[173]).

Aus den gleichen Gründen ist die Theorie von Schwarz[174]) abzulehnen, der dem Toten Vermögensrechte und Rechte nicht vermögensartiger Natur zubilligt und das Recht an den Leichenbeigaben zu den ersteren zählt. Die Totenbeigaben bilden nach seiner Ansicht ein dem Recht des Toten unterliegendes Zweckvermögen, über das die Erben nicht als Eigentümer, sondern nur als Verwalter zu verfügen haben.

Richtigerweise wird man daher mit der herrschenden Auffassung davon ausgehen müssen, daß die Geber das Eigentum an den fraglichen Gegenständen behalten. Denn den Erben oder Angehörigen wollen sie auch nicht Eigentum übertragen[175]), eine Dereliction wird man aber deshalb nicht annehmen können, weil beim Vorliegen einer herrenlosen Sache bei Beschädigung oder Zerstörung von Grabdenkmälern usw. Ersatzansprüche nicht gegeben wären[176]).

Der Wille der Geber, diese Gegenstände dem Toten zu widmen, erfährt jedoch insofern rechtliche Berücksichtigung, als ihr Eigentum durch den Zweck, dem die Gaben dienen sollen, nämlich das Andenken des Toten zu ehren, in privat- und öffentlichrechtlicher Hinsicht beschränkt wird[177]).

Trotzdem das Nutzungsrecht des Erwerbes nicht ein dingliches Recht am Grundstück (etwa eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit) ist, fallen die Totenbeigaben auch dann, wenn die Voraussetzungen des § 94 BGB. vorliegen, nicht in das Eigentum des Friedhofseigentümers, da gemäß Art. 133 EG. BGB. die entsprechenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf das Grabbenutzungsrecht nicht zur Anwendung gelangen[178]).

---

[173]) So nimmt Schreuer S. 277 an, daß die Wegnahme von Leichenbeigaben sich gleichzeitig als „personenrechtliche Grabschändung, Leichenschändung (§ 168 StGB.)" wie auch als Diebstahl darstelle, da es sich jedenfalls um „fremde Sachen" handle.

[174]) Schwarz: Arch. f. Bürg. Recht, Bd. 32, S. 43.

[175]) Eigentum der Erben nimmt an: Bekker: Pandekten, § 77, I.

[176]) Als herrenlos werden die Totenbeigaben bezeichnet von: Regelsberger: Pandekten § 110.

[177]) Vgl. auch dazu: Gareis: in Seuff. Bl. Bd. 70, S. 315.

[178]) Vgl.: Gareis: s. o.

Der privatrechtliche Schutz des Grabes stellt sich daher folgendermaßen dar:

Wird das Grab selbst beschädigt oder zerstört, so kann der Friedhofseigentümer nach § 1004 bzw. § 823 BGB. auf Grund seines Eigentums vorgehen. Daneben stehen ihm auch die Besitzklagen zu (§ 861 f.)[179]).

Der Grabstellenerwerber kann als solcher Störungen nicht abwehren. Denn ein Besitz des Nutzungsberechtigten ist nicht anzuerkennen, so daß die Besitzschutzklagen für ihn nicht in Betracht kommen[180]). Handelt es sich allerdings um ein Erbbegräbnis, so kann der Grabstellenerwerber auf Grund seines dinglichen Rechtes gemäß § 823 Abs. 1 Schadensersatz verlangen und auch im Wege der Unterlassungsklage vorgehen. Schließlich ist für alle Nutzungsberechtigte auch noch durch § 826 BGB. ein Schutz gegeben.

Die Hinterbliebenen können — gleichgültig, ob sie Grabnutzungsberechtigte sind oder nicht — bei Zerstörung oder Beschädigung des Grabes auf Grund ihres absoluten Familienrechts der Totenfürsorge auf Schadensersatz (kein Geldersatz, § 253 BGB.) Unterlassung und Beseitigung klagen[181]) (§ 823 Abs. 1, § 1004 BGB.). Ist der strafrechtliche Tatbestand des § 168 StGB. gegeben, so findet weiterhin auch § 823 Abs. 2 zu ihren Gunsten Anwendung. Schließlich sei noch erwähnt, daß auch die Hinterbliebenen bei vorsätzlicher Schadenszufügung gemäß § 826 BGB. Schadensersatz verlangen können.

In bezug auf die Totenbeigaben können die Geber auf Grund ihres Eigentums Beschädigung oder Zerstörung des Grabes abwehren (§ 1004 BGB.). Hier kommt beim Schadensersatz auch Geldersatz in Betracht (§§ 823, 253 BGB.). Die Hinterbliebenen haben in bezug auf die Totenbeigaben die gleichen rechtlichen Mittel wie bei der Beschädigung des Grabes selbst, da ihr Fürsorgerecht sich auch auf die würdige Erhaltung der gesamten Grabstätte erstreckt.

Soweit die hier besprochenen Ansprüche wegen Beschädigung bzw. Zerstörung des Grabes in Betracht kommen, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben, da es sich um bürgerlich-rechtliche Strei-

---

[179]) Gl. M.: Brunner S. 90.

[180]) Gl. M.: RGZ. Bd. 8, S. 200, und Brunner: S. 98.

[181]) Vgl. dazu S. 25.

tigkeiten im Sinne des § 13 GVG. handelt. In diesen Fällen steht auch nicht „die Benutzung einer öffentlichrechtlichen Begräbnisstätte“ (Art. 133 EG. BGB.) in Frage, da es sich nicht um das Verhältnis des Grabstellenerwerbers zum Friedhofseigentümer handelt, auf Grund dessen ersterer zur Nutzung der Grabstelle berechtigt ist.

Die Totenbeigaben sind gemäß § 811 Ziff. 13 ZPO. unpfändbar, da sie zur unmittelbaren Verwendung für die Bestattung bestimmt sind. Die gegenteilige Ansicht[182]) übersieht, daß hier andernfalls ein Widerspruch zu der privat- und öffentlichrechtlichen Zweckbestimmung dieser Gegenstände vorliegen würde, und ihre Unpfändbarkeit auch offenbar dem Sinne des Gesetzes entspricht.

ZWEITER TEIL.

Der strafrechtliche Schutz des Toten.

I. Der Schutz des toten Körpers.

Handlungen, die das Pietätsgefühl verletzen, insbesondere eine Störung der Totenruhe bedeuten, sind nach den im Volke wurzelnden Anschauungen besonders verwerflich und erfordern daher strafrechtliche Ahndung.

Auch das geltende Recht kennt daher solche Straftaten, und zwar kommen hier die §§ 168, 367 Ziff. 1, 189 StGB. in Betracht.

Der hier im ersten, privatrechtlichen Abschnitt gemachten Einteilung folgend, soll auch jetzt zuerst von dem Schutz des toten Körpers die Rede sein.

Das Strafgesetzbuch bedroht hier zunächst im § 168 „die unbefugte Wegnahme einer Leiche aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Personen“ mit Gefängnis und sieht auch Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte vor. Diese Bestimmung ist hier bereits im Privatrecht zum Beweis dafür herangezogen worden, daß der

---

[182]) So Brunner: S. 98; LG. Greifswald in „Friedhof“ 1907, S. 44; auch LG. Magdeburg in „Friedhof“ 1913, S. 13 f.

menschliche Leichnam keine eigentumsfähige Sache ist[183]). Denn diese wäre überflüssig, wenn die Leiche als „fremde" Sache anzusehen wäre, da ja dann schon eine Bestrafung aus § 242 erfolgen könnte, wo der gleiche Strafrahmen vorgesehen ist. Das Strafgesetzbuch erkennt also kein Eigentum an Leichen an, sondern spricht nur von Personen, die zum Gewahrsam berechtigt sind. Viele Strafrechtler[184]) stehen nun auf dem Standpunkt, daß nicht jede Leiche Gegenstand des § 168 StGB. sei. Es gebe vielmehr auch solche Leichen, an denen — z. B. durch Überlassung an eine Anatomie — Eigentum anzuerkennen sei. Bei diesen komme nicht § 168, sondern nur Diebstahl in Betracht.

Schon im ersten Abschnitt wurde versucht, diese Ansicht zu widerlegen. Es soll hier aber auf die Frage insoweit noch einmal eingegangen werden, als sich die Gegenansicht auf diese Bestimmung des Strafgesetzbuchs stützt. Denn gerade aus dieser Vorschrift geht m. E. deutlich hervor, daß der Leichnam in keinem Falle einer Eigentumsherrschaft unterworfen sein kann.

Wenn nämlich Frank ausführt, es ergebe sich aus der systematischen Stellung des § 168 StGB., daß hier „eine solche Leiche vorausgesetzt" werde, die nicht zum Objekt des Eigentums geworden sei, so ist die Feststellung in dieser Form nicht ganz zutreffend. Denn der Gesetzgeber macht eben keinerlei Unterschied zwischen „solchen" und „solchen" Leichen. Er gibt daher durch die Überschrift dieses Abschnitts deutlich zu erkennen, daß die Wegnahme von Leichen stets eine Verletzung religiöser Gefühle enthält. Frank setzt voraus, was gerade hier in Frage steht, nämlich, daß es auch Leichen gibt, die nicht Gegenstand des Pietätsgefühls sind. Aus dem Gesetz ist jedoch eine solche Unterscheidung nicht zu entnehmen. Etwas weiteres, als daß „die Wegnahme von Leichen" nach Ansicht des Gesetzgebers ein Vergehen gegen die Religion darstellt, ergibt sich aus dem Gesetz nicht. Leichen sind daher stets

---

[183]) Vgl. hier S. 17.

[184]) So Frank: Anm. I zu § 168; Olshausen: Nr. I d zu § 168; Merkel: Leichenraub S. 23; Leipz. Komm. Nr. 2 zu § 168; v. Liszt-Schmidt: § 118, V, 1; Allfeld: S. 576; Kahl: Vergl. Darst. Bes. Teil, Bd. 3, S. 64. — A. M.: Binding: Lehrb. Bd. I, S. 184; Schwartz: StGB. § 242, Anm. 4; weitere Literatur im zivilrechtlichen Teil.

Gegenstand des § 168 und damit des Pietätsgefühls. Das gilt für alle menschlichen Überreste, die sich noch als Leichnam darstellen, also sowohl für Anatomie- wie Moorleichen und Mumien.

Was im einzelnen noch als Leiche zu betrachten ist, ist bereits eingehend im privatrechtlichen Teil erörtert worden[185]).

Wer sind nun die „zum Gewahrsam berechtigten Personen"? Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß Gewahrsam hier nicht im Sinne des § 242 StGB. zu verstehen ist, sondern hier mehr die Bewahrung, die tatsächliche Obhut bedeutet[186]).

Bei der Gewahrsamsberechtigung ist zu unterscheiden zwischen bestatteten und unbestatteten Leichen.

Sind die Leichen noch nicht beigesetzt, so sind — wie bereits im ersten Teil ausgeführt wurde — in erster Linie die Familienangehörigen zum Gewahrsam berechtigt. Das schließt jedoch nicht aus, daß auch andere berechtigten Gewahrsam im Sinne des § 168 StGB. haben können. Im einzelnen dürften als zum Gewahrsam berechtigt anzusehen sein:

1. die Familienangehörigen auf Grund ihres Rechts der Totenfürsorge;
2. Personen, denen die Obhut durch die Angehörigen übertragen worden ist [z. B. mit dem Transport der Leiche beauftragte Personen[187]); die Friedhofsverwaltung, solange sich die Leiche in der Friedhofskapelle befindet[188])];
3. Personen, in deren Obhut sich der Verstorbene bei Eintritt seines Todes befunden hatte [z. B. Freunde und Bekannte, bei denen der Verstorbene in Pflege oder zu Besuch war; die Verwaltungen von Krankenhäusern[189]) und Hotels];

---

[185]) Vgl. dort S. 29 ff.

[186]) So auch die herrschende Lehre, vgl.: Olshausen: Nr. 4 a zu § 168; Leipz. Komm. Anm. 3 zu § 168; v. Liszt-Schmidt: § 118, V, 1; Wachenfeld: S. 479; Crusen: S. 42 f.; Merkel: Leichenraub, S. 35; Schwartz: StGB.: Anm. 2 b; Kohler: Studien, Bd. I, S. 211; Rotering: Gerichtssaal, Bd. 35, S. 355; Villnow: Gerichtssaal, Bd. 31, S. 584. — Dagegen: Hälschner: Bd. II, S. 715.

[187]) Gl. M.: Leipz. Komm. Anm. 2.

[188]) Ebenso: Leipz. Komm. s. o.

[189]) Gl. M.: Leipz. Komm. s. o.; Olshausen: Anm. 4 b; Frank: Anm. I zu § 168; vgl. insbesondere: Beschluß des OLG. Hamburg v. 5. 3. 1928 mit Anmerkung von Ebermayer in JW. 1928, S. 2285; Ebermayer: in JW. 1928, S. 2296 zu dem Urteil des LG. Bonn v. 16. 3. 1928.

4. die Verwaltung von Anatomien, die rechtmäßig[190]) zu dem Gewahrsam an der Leiche gekommen sind;
5. die Verwaltung von Museen, die rechtmäßig den Gewahrsam an Mumien erlangt haben[191]);
6. die Polizeibehörden oder andere Staatsorgane, die auf Grund gesetzlich festgelegter Befugnisse den Gewahrsam an einer Leiche innehaben[192]).

Bei beerdigten Leichen kommt nach allgemeiner Auffassung ein Gewahrsam der Angehörigen nicht in Betracht. Dagegen ist es bestritten, ob in diesem Falle der Friedhofseigentümer[193]) oder diejenigen Personen, denen die Verwaltung und Pflege des Grabes zusteht[194]), als Gewahrsamsinhaber anzusehen sind. Die erste Ansicht dürfte den Vorzug verdienen, da der Eigentümer ja auch Besitzer des Friedhofsgrundstückes ist, in dem die Leiche ruht, obwohl dieses zivilrechtliche Besitzverhältnis nicht ohne weiteres für den hier in Frage stehenden Gewahrsamsbegriff maßgebend ist. Da das Eigentum an Friedhöfen in der Regel politischen oder Kirchengemeinden zusteht, sind daher deren Friedhofsverwaltungen bei bestatteten Leichen als berechtigte Gewahrsamsinhaber anzusehen. Personen, die nur für andere den Gewahrsam ausüben, wie Friedhofsbeamte und Totengräber, haben nach allgemeiner Auffassung keinen Alleingewahrsam[195]). Selbst wenn man ihnen aber — wie es teilweise geschieht[196]) — Mitgewahrsam zuspricht, können solche Personen

---

[190]) Vgl. darüber hier S. 25 ff., 37, auch S. 47 f. also nur mit Willen des Verstorbenen.

[191]) Vgl. dazu hier S. 36, 37.

[192]) Gl. M.: Leipz. Komm. s. o.; Olshausen: Nr. 4 b zu § 168; Frank: s. o.; insbesondere: Kahl: Vergl. Darst. Bes. Teil, Bd. 3, S. 67; vgl. auch StPO. § 87 f. (richterliche Leichenschau).

[193]) So: Leipz. Komm. Anm. 3; Olshausen: Anm. 4 b; RG. v. 28. 1. 96 in RGSt. Bd. 28, S. 139; Merkel: Leichenraub, S. 37.

[194]) So: Kahl: Vergl. Darst. Bes. Teil, Bd. III, S. 67; Frank: Anm. I.

[195]) Vgl. Olshausen: s. o.; Leipz. Komm. s. o.; Kahl: s. o. S. 68; v. Liszt-Schmidt: § 118, V, 1; Schwartz: Anm. 2 c; Schütze: S. 348, Anm. 9; Meves: Gerichtssaal: Bd. 27, S. 368; Villnow: Gerichtssaal: Bd. 31, S. 584; Merkel: Leichenraub: S. 38; Micelli: S. 26; Oppenh.-Delius: Anm. 2; Rudorff-Stenglein: Anm. 3; Köhler: S. 217; Merkel: StGB. S. 337. — A. M.: Crusen: S. 45, der hier nur ein Amtsvergehen für möglich hält.

[196]) So v. Liszt-Schmidt: § 118, V, 1; Wachenfeld: S. 479; Merkel: StGB., S. 337. Diese Erwägungen kommen auch für unbestattete Leichen in Betracht.

Täter im Sinne des § 168 StGB. sein, wenn sie statt Mitgewahrsam Alleingewahrsam für sich in Anspruch nehmen[196]). Ist der Zutritt zu einer Begräbnisstätte nur einzelnen Berechtigten zugänglich, wie z. B. bei Erbbegräbnisgewölben, so haben nur diese den Gewahrsam an der in ihr ruhenden Leiche[197]).

Wer berechtigten Gewahrsam hat, kann nicht Täter im Sinne des § 168 StGB. sein. Daher kann z. B. eine Bestrafung der Angehörigen nicht erfolgen, mögen sie auch so pietätslos handeln, wie nur vorstellbar.

Umgekehrt ist an Leichen, die in niemandes Gewahrsam stehen, wie die von Landstreichern und Schiffbrüchigen, das Delikt des § 168 StGB. nicht möglich[198]). Die früher vereinzelt vertretene Auffassung, daß in solchen Fällen Gewahrsam der Ortspolizeibehörde gegeben sei, ist jetzt wohl kaum noch vertreten.

Ebenso ist die Wegnahme aus dem Gewahrsam eines Nichtberechtigten nicht nach § 168 StGB. strafbar.

Unter „Wegnahme" ist hier die Entziehung aus dem Gewahrsam des Berechtigten zu verstehen. Der Begründung eigenen Gewahrsams bedarf es nicht. Entziehung im Sinne des Gesetzes ist jedoch nur eine örtliche Veränderung. Die Zerstörung der Leiche — etwa durch Chemikalien — ohne Veränderung des Ortes kann daher nicht als Wegnahme betrachtet werden.

Schließlich erwähnt das Gesetz ausdrücklich, daß die Wegnahme unbefugt sein muß. Die Befugnis kann privatrechtlicher Natur sein, so wenn sie sich auf die Zustimmung der Angehörigen gründet[199]). In vielen Fällen ergibt sich die Befugnis auch aus öffentlichrechtlichen Vorschriften.

---

[197]) Ebenso: Leipz. Komm. Anm. 3; Olshausen: Anm. 4 b; Kahl: Vergl Darst. Bes. T. Bd. 3, S. 67.

[198]) Vgl. aber S. 64 (§ 367, Ziffer 1).

[199]) Die Zustimmung des Verstorbenen allein genügt nicht, da dieser einem Dritten nicht im Wege des Vermächtnisses ein Recht auf Herausgabe verschaffen kann (vgl. dazu hier S. 47); auch deshalb, weil die Wegnahme des Leichnams in erster Linie eine Verletzung des Pietätsgefühls der Angehörigen bedeutet, ist deren Zustimmung erforderlich. — A. M.: Kahl: Vergl. Darst. Bes. T. Bd. 3, S. 66. — Jedoch wird in solchen Fällen gewöhnlich das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlen.

Subjektiv ist Vorsatz des Täters erforderlich; die Zueignungsabsicht kommt nicht in Betracht, da es sich nicht um ein Vermögensdelikt, sondern um ein Vergehen handelt, das, wie das Strafgesetzbuch es ausdrückt, „sich auf die Religion bezieht". Der Vorsatz muß sich hier auch darauf beziehen, daß die Wegnahme unbefugt ist.

Das geltende Recht bestraft die Wegnahme von Leichenteilen als besonderes Delikt (§ 367 Ziff. 1 StGB.). Jedoch bedeutet diese Trennung keinen rechtssystematischen Unterschied. Die beiden Delikte unterscheiden sich nur in der Höhe der Strafe, während im übrigen der Tatbestand der gleiche ist, mit der Ausnahme, daß hier nicht der Leichnam, sondern Leichenteile den Gegenstand der Tat bilden. Das geringere Strafmaß ist darauf zurückzuführen, daß man Studierende und Ärzte vor der entehrenden Gefängnisstrafe bewahren wollte (vgl. Motive § 146 S. 148, 149, Reichst. Verh. I. Leg. Per. Sess. 1870, Drucks. 5, Anl. 3, S. 47).

Da die übrigen Tatbestandsmerkmale schon oben besprochen wurden, ist es nur noch erforderlich, auf den Begriff der Leichenteile näher einzugehen. Wie das Wort selbst ergibt, handelt es sich hier um die Teile eines Leichnams. Es ist jedoch zu beachten, daß es sich nicht um solche Teile handeln darf, die schon allein den im ersten Teil festgelegten Leichnamsbegriff erfüllen, sich also allein schon für die Anschauung als Einheit darstellen[200]). Denn in diesem Falle ist nicht § 367 Ziff. 1, sondern § 168 StGB. gegeben. Ebenso wird vorausgesetzt, daß der Zustand der Teile noch ein solcher ist, daß sie im Falle einer Ergänzung durch die restlichen Teile eine Leiche bilden würden. Einzelne menschliche Knochen sind daher keine Leichenteile, ebensowenig wie die menschlichen Aschenreste. Es muß sich daher um fleischliche Überreste handeln, die noch die menschliche Herkunft deutlich erkennen lassen.

Ob die Leichenteile noch Gegenstand des Pietätsgefühls oder schon verkehrsfähige Sachen sind, macht für die Anwendbarkeit des § 367 Ziff. 1 keinen Unterschied. Theoretisch würde sich die Übertretung dann entweder als privilegierter Fall des § 168 StGB. oder des § 242 StGB. darstellen.

---

[200]) Vgl. dazu hier S. 33 f.

Besondere Erwähnung verdienen hier die sogenannten künstlichen Leichenteile. Sind Zahnplomben silberne Rippen, Stelzfüße Leichenteile?

Hier wird man wohl zunächst sagen können, daß zu den Leichenteilen jedenfalls das zu rechnen ist, was beim lebenden Menschen zum menschlichen Körper gezählt wird, da es sich ja beidemal um Körperteile handelt. Damit wird die Frage also dahin abgeändert, was von künstlichen Gliedern als Körperteil zu bezeichnen ist.

Aus dem Strafgesetz selbst ist nichts sicheres zur Erklärung zu finden. Dagegen erklärt § 811 Ziffer 12 ZPO. „künstliche Gliedmaßen (Brillen) und andere wegen körperlicher Gebrechen notwendige Hilfsmittel, soweit diese Gegenstände zum Gebrauche des Schuldners und seiner Familie bestimmt sind“ für unpfändbar. Daraus ergibt sich, daß diese Gegenstände an sich eigentumsfähige Sachen sind, da ja diese Exemption von der Pfändung sonst überflüssig wäre. Man kann aber aus der Fassung des Gesetzes ersehen, daß es sich hier um solche Gegenstände handeln muß, die jedenfalls nicht völlig und dauernd von dem Körper aufgenommen werden. Darauf deutet einmal das Wort „Gliedmaßen“ hin, das im allgemeinen nur von Armen, Händen, Beinen und Schenkeln gebraucht wird. Daneben aber deutet der Ausdruck „andere wegen körperlicher Gebrechen notwendige Hilfsmittel“ sowie die Gleichstellung mit Brillen darauf hin, daß nur Ersatzteile gemeint sind, die ohne weiteres vom Körper getrennt werden können; das ergibt sich schließlich auch aus dem Nachsatz „soweit diese Gegenstände zum Gebrauch des Schuldners und seiner Familie bestimmt sind“, ein Satz, der völlig unverständlich wäre, wenn diese Teile dem Körper bereits völlig einverleibt sind. Ich möchte daher zu den Körperteilen alles dasjenige rechnen, was ohne Körperverletzung nicht vom Körper getrennt werden kann.

Danach sind solche Teile, die nur äußerlich lose mit dem Körper verbunden sind, wie: künstliche Hände, Beine, Gebisse, Perücken usw. nicht Körperteile geworden. Sie haben daher ihre Sachqualität nicht eingebüßt und sind auch nicht Objekte des Eigentums

geworden[201]). Sie sind strafrechtlich demgemäß auch nicht als Teile einer Leiche zu betrachten. Wenn aber auch § 367 Ziff. 1 nicht auf sie zur Anwendung gelangen kann, so ist ihre Wegnahme doch nach den allgemeinen Vorschriften strafbar. Sie sind also Objekte des Diebstahls, der Unterschlagung, Sachbeschädigung usw. Werden solche Teile zusammen mit natürlichen Leichenteilen weggenommen, z. B. der Arm einer Leiche mit der künstlichen Hand, so liegt — je nach der Zeitfolge - Ideal- oder Realkonkurrenz von § 367 Ziff. 1 und § 242 StGB. vor.

Die rechtlichen Verhältnisse der zu Körper- und damit auch zu Leichenteilen gewordenen künstlichen Ersatzteile sind dagegen andere. Sie teilen das rechtliche Schicksal des Leichnams bzw. der Leichenteile. Das geht allerdings nicht unmittelbar aus den Bestimmungen des BGB. über wesentliche Bestandteile einer Sache und Verbindung hervor, da es sich beim Leichnam eben gerade nicht um eine eigentumsfähige Sache handelt. Dennoch sind diese Vorschriften als Niederschlag des allgemeinen Rechtsgedankens zu betrachten, daß Gegenstände, die mit einem Körper derart verbunden werden, daß sie vollkommen in ihm aufgenommen werden, nicht mehr Gegenstände selbständiger Rechte sein können, sondern das rechtliche Schicksal des aufnehmenden Körpers teilen[202]).

Solche künstlichen Körperteile sind daher nicht eigentumsfähige Sachen[203]). Sie sind das auch dann nicht, wenn sie beim Tod des Menschen zu Leichenteilen werden. Dennoch kann das Delikt der Wegnahme von Leichenteilen bei ihnen nicht in Betracht kommen. Denn wird z. B. eine silberne Rippe, eine Flintenkugel oder eine

---

[201]) So auch: Tobias: Arch. f. Ziv. Praxis, Bd. 94, S. 384; Bacharach: Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 1917, S. 211 f.; Planck: Anm. 2 a zu § 90 BGB.; Staudinger (Riezler): Anm. 3 a zu § 90; v. Gierke: Dt. Privatr. Bd. II, § 102; Gareis: Festg. f. Schirmer, S. 63.

[202]) Gegen diese Begründung mit dem gleichen Ergebnis: Tobias: Arch. f. Ziv. Praxis, Bd. 94, S. 384; Bacharach: Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 1917, S. 211 f.

[203]) Gl. M.: Planck: Anm. 2 a zu § 90 BGB.; Tobias: s. o.; Bacharach: s. o.; Lindemann-Soergel: Anm. 3 zu § 90. — Dagegen: Gareis: Festg. f. Schirmer: S. 63; Gierke: Dt. Privatr. Bd. II, § 102; Staudinger (Riezler): Anm. 3 a zu § 90, die auch dauernd vom Körper aufgenommene Ersatzteile als eigentumsfähig bezeichnen.

Goldplombe zusammen mit dem Körperteil, mit dem es dauernd verbunden war, weggenommen, so liegt zwar § 367 Ziff. 1 vor, aber nur deshalb, weil das ganze Objekt der Wegnahme sich hier als Leichenteil darstellt. Wird aber die Rippe allein weggenommen, so liegt Diebstahl, aber nicht § 367 Ziff. 1 vor. Denn wird die silberne Rippe, die Flintenkugel usw. von dem übrigen Leichnam getrennt, so stellt sich der nun selbständig gewordene Ersatzteil nicht mehr als Leichenteil, sondern als gewöhnliche Sache dar, die den allgemeinen Vorschriften unterliegt. Die Trennung eines solchen künstlichen Teils vom Körper ist übrigens nach geltendem Recht nicht strafbar, da es eine Formalbeleidigung oder ein der Körperverletzung entsprechendes Delikt beim Toten nicht anerkennt. Man wird annehmen müssen, daß diese nun durch Trennung wieder zu eigentumsfähigen Sachen gewordenen Ersatzteile nicht herrenlos sind, sondern im Eigentum der Erben stehen. Denn es handelt sich hier um Gegenstände, die nur durch die Einverleibung dem Vermögensrecht entzogen worden sind, und die deshalb in das Eigentum des vermögensrechtlichen Nachfolgers des Verstorbenen, also der Erben, fallen. Ein Recht der Familienangehörigen als solchen kann an diesen Gegenständen also nicht anerkannt werden. Es ist allerdings zu beachten, daß diese Sachen nicht zur Zeit des Erbfalls im Eigentum des Erblassers gestanden haben und daher auch nicht Bestandteil des Nachlasses gewesen sind. Dennoch muß demgegenüber darauf hingewiesen werden, daß ein Eigentum des Erblassers an ihnen doch nur dadurch ausgeschlossen wurde, daß das rechtliche Verhältnis zwischen dem Menschen und seinem Körper zu eng war, um als Eigentum rechtlich qualifiziert werden zu können. Wenn dem Erblasser aber ein stärkeres Recht[204]) als Eigentum an diesen Körperteilen zustand, so wird man den Erben an diesen jetzt zu Sachen gewordenen Teilen unbedingt die gleichen Rechte zusprechen müssen, als wenn es zum Nachlaß gehörige Sachen wären.

Diese Art von Leichenteilen kann also nur dann, wenn zugleich die Körperteile, in denen sie sich befinden, weggenommen werden, Gegenstand des § 367 Ziff. 1 sein. Sobald sie selbständig geworden

---

[204]) Das Wort wird hier nicht im strengen Sinne gebraucht. Über das Wesen dieses Verhältnisses vgl. im einzelnen S. 40 ff.

sind, bilden sie als „fremde" Sachen das Objekt vermögensrechtliche Delikte wie Diebstahl, Unterschlagung, Sachbeschädigung usw.

Werden von einer schon beerdigten Leiche einzelne Teile — gleichgültig, ob natürliche oder künstliche — weggenommen, so liegt daneben in der Regel noch Grabschändung (§ 168 StGB.) vor.

Das geltende Recht stellt in § 367 Ziff. 1 neben der Wegnahme von Leichenteilen noch die Beerdigung eines Leichnams ohne Vorwissen der Behörde unter Strafe. Hier kommt es nicht darauf an, ob der Leichnam in jemandes Gewahrsam steht oder nicht, da die Vorschrift in der Hauptsache polizeilichen Zwecken dient. Unter „Beerdigung" ist hier nach der herrschenden Lehre[205]) jede Art von Bestattung, also auch die Verbrennung, zu rechnen. Unter „Beiseiteschaffen" ist m. E. nicht nur die örtliche Veränderung, sondern jede Handlung zu verstehen, die den Leichnam dauernd oder vorübergehend der Besichtigung durch die zuständige Behörde entzieht[206]). Denn es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber nur dann die Verhinderung der Leichnamsbesichtigung durch die Behörde unter Strafe stellen wollte, wenn sie in der Entfernung aus der örtlichen Lage besteht. Die Zerstörung durch Chemikalien oder auf andere Art und Weise, das Verbergen des Leichnams ohne örtliche Veränderung, stellen sich ebenfalls als Beiseiteschaffung dar, wenn man von dem Zweck dieser Bestimmung ausgeht.

Überblickt man das geltende Strafrecht in seiner Gesamtheit, so zeigt es sich, daß der Schutz der menschlichen Überreste doch recht lückenhaft ist. So ist der im Sprachgebrauch so geläufige Begriff der Leichenschändung dem Strafgesetzbuch fremd. Die Zerschneidung des Leichnams in einzelne Teile, die Massakrierung des toten Körpers, kurz: jede Handlung, welche sich beim Körper eines lebenden Menschen als Körperverletzung darstellen würde, ist gegenüber einem Leichnam straflos. Wer der Leiche seines toten Feindes Kopf, Beine und andere Glieder abschneidet, sie sonstwie verstümmelt oder mit einer Peitsche ins Gesicht schlägt, bleibt nach heutigem Recht straflos. Ebenso ist es bei den praktisch häufigen Fällen, daß jemand an einer Leiche (der Lustmörder an seinem

---

[205]) Vgl. u. a.: Schwartz: StGB. Anm. 1 a; Leipz. Komm. Anm. I; Olshausen: Anm. 1 b a zu § 367.

[206]) A. M.: RGSt. Bd. 28, S. 120; Leipz. Komm. Anm. 1 zu § 367.

Opfer) ein Sittlichkeitsverbrechen begeht. Denn auch als Beleidigung des Toten können solche Taten nach geltendem Recht nicht verfolgt werden[207]). Ebenso ist zu beachten, daß an den Aschenresten keinerlei strafbaren Handlungen begangen werden können, da sie weder fremde Sachen sind, noch unter § 168 StGB. oder § 367 Ziff. 1 fallen. Daß diese besonders verwerflichen Handlungen, die von der Allgemeinheit als Ausdruck einer erschreckenden Gefühlsroheit empfunden werden, nicht unter Strafe gestellt sind, muß als bedauerliche Lücke des geltenden Strafrechts bezeichnet werden. Diese Tatsache ist wohl darauf zurückzuführen, daß der Gesetzgeber die Fälle im Auge hatte, wo eine Beerdigung der Leichen bereits stattgefunden hat. Denn in diesen Fällen kommt regelmäßig Grabschändung in Betracht. Daß die menschlichen Aschenreste nicht den gleichen rechtlichen Schutz wie Leichen oder Leichenteile genießen, beruht darauf, daß zur Zeit des Zustandekommens des Strafgesetzbuchs die Verbrennung als Bestattungsart noch ungebräuchlich war.

Wie können nun diese Lücken beseitigt werden? Wird die geplante Strafrechtsreform diesen berechtigten Forderungen gerecht?

Der Entwurf (Reichstagsvorlage 1927) behandelt die hier in Frage stehenden Delikte im § 183 unter der Überschrift „Störung der Totenruhe". Diese allgemeine Fassung beruht darauf, daß sich hier auch Vorschriften zum Schutze der Beisetzungsstätte befinden.

§ 183 des Entwurfs bestraft denjenigen, der „einen Leichnam oder Teile eines Leichnams oder die Asche eines Verstorbenen aus dem Gewahrsam des Berechtigten wegnimmt, oder wer daran . . . beschimpfenden Unfug verübt", mit Gefängnis.

Gegenstand des strafrechtlichen Schutzes sind also nicht nur der Leichnam und Teile eines Leichnams, sondern auch die menschlichen Aschenreste. Ebenso hat der Entwurf den Unterschied zwischen Leichen und Leichenteilen aufgegeben und bestraft ihre Wegnahme gleichmäßig mit Gefängnis. Wie es in der Begründung zum Entwurf[208]) heißt, geht man davon aus, daß es „einem alteingewurzeltem Volksempfinden" entspricht, in der Störung der Totenruhe eine besonders verachtenswerte Tat zu sehen. Für mildere Fälle

---

[207]) Vgl. dazu die Ausführungen auf S. 75 f.

[208]) Vgl. dort S. 93.

genügen nach der Ansicht des Entwurfs die allgemeinen Bestimmungen, nach denen bei Vergehen auch auf Geldstrafe erkannt werden kann.

Die vorhin gekennzeichnete Lücke des geltenden Strafrechts, daß „Handlungen, die an Lebenden begangen als Körperverletzungen, Beleidigung, Unzucht u. a. strafbar wären, ungesühnt bleiben, wenn sie sich gegen einen Leichnam richten“ [209]), füllt der Entwurf dadurch aus, daß er „beschimpfenden Unfug“ an Leichen, Leichenteilen oder der Asche ebenfalls mit Gefängnis bedroht. Diese Leichenschändungsdelikte sind nach der Fassung des Entwurfs auch dann strafbar, wenn sie von den Gewahrsamsberechtigten verübt werden. Allerdings wird hier besonders zu prüfen sein, ob in der Art der Handlung eine Beschimpfung zu erblicken ist.

Vergleicht man den Entwurf mit dem geltenden Recht, so lassen sich die geplanten Reformen nur als Fortschritte begrüßen. Die neuen Bestimmungen tragen dem gesunden Volksempfinden Rechnung und dürften sich auch in der Praxis bewähren.

II. Der Schutz des Grabes.

Das geltende Strafgesetzbuch behandelt im § 168 neben der Wegnahme von Leichen auch die Zerstörung oder Beschädigung eines Grabes, sowie die Verübung beschimpfenden Unfugs an einem Grabe.

Unter „Grab“ ist die der Ruhe und dem Andenken eines Verstorbenen dienende Stätte zu verstehen. Dazu gehört aber nach der herrschenden Theorie und Rechtsprechung [210]) nicht nur der Grabhügel, sondern auch alles das, was mit ihm in wesentlichem oder künstlichem Zusammenhang steht und dauernd mit ihm verbunden ist. Zum Grabe gehört demnach insbesondere der Sarg [211]), die Einfriedigung [212]) (Gitter oder Mauer) und fest mit der Grabstelle verbundene Pflanzen und Blumen [213]), nicht aber lose aufgelegte

---

[209]) Wortlaut der Entwurfbegründung S. 93.

[210]) So Olshausen: Anm. 6 b; Leipz. Komm. Anm. 6; Schwartz: Anm. 3; Crusen: S. 59; RGSt. Bd. 39, S. 156 (weitere Entscheidungen unter Anm. 211 bis 214.

[211]) Vgl. RGSt. Bd. 12, S. 168; Bd. 28, S. 141.

[212]) Vgl. RGSt. Bd. 9, S. 399.

[213]) Vgl. RGSt. Bd. 9, S. 399; einschränkend noch: Bd. 7, S. 190.

Kränze[214]) usw. Bei einem Erbbegräbnis gehört nicht nur der schon belegte, sondern der ganze eingefriedete Platz zum Grabe[215]). Ob auch Grabmäler zum Grabe gehören, ist allerdings bestritten. Frank[216]) verneint die Frage mit der Begründung, daß sonst die im § 304 StGB. vorgesehene besondere Bestrafung der Beschädigung oder Zerstörung von Grabmälern überflüssig sei. Die herrschende Lehre[217]) ist allerdings anderer Ansicht und dürfte auch den Vorzug verdienen, da es auch der allgemeinen Auffassung entspricht, Grabmäler, insbesondere Kreuze als zum Grabe gehörig anzusehen[218]). Die Frage ist aber praktisch auch ohne Bedeutung in den Fällen, wo das Grabmal allein Gegenstand der Beschädigung oder Zerstörung ist; denn in diesem Falle kann nur aus § 304, als der Sonderbestimmung, bestraft werden. Liegt aber außerdem noch eine andere Beschädigung des Grabes vor, so besteht Idealkonkurrenz zwischen § 168 und § 304[219]), ein Ergebnis, das sich aus beiden Theorien folgern läßt.

Als Grab kann die Beisetzungsstätte erst bezeichnet werden, wenn sie die menschlichen Überreste enthält. Die zur vorübergehenden Aufbewahrung von Leichen dienenden Orte wie Leichenhallen sind noch nicht als Grab anzusprechen[220]). Jedoch sind diejenigen Gräber, die nur bis zur späteren anderweitigen Überführung der Leiche bestimmt sind (Kriegergräber) als Grab anzusehen[221]).

Für den Begriff des Grabes ist es nicht erforderlich, daß die in ihm ruhenden menschlichen Überreste sich noch als Leichnam kennzeichnen. Bestritten ist jedoch, ob als Grab im Sinne des Gesetzes auch die Stätte anzusehen ist, die zur Aufbewahrung der menschlichen Asche dient. Gegen eine so weitgehende Interpretation scheint zwar zu sprechen, daß auch durch § 168 StGB. die Wegnahme von Aschenresten nicht mitergriffen wird. Diese Ansicht

---

214) Vgl. RGSt. Bd. 21, S. 178; Bd. 42, S. 145.

215) So: Leipz. Komm. Anm. 6 und Goltd. Arch. Bd. 60, S. 66.

216) Frank: Anm. II, der im Anschluß an Kohler: S. 214 nur die „immobiliare Umhüllung des Leichnams" als zum Grab gehörig ansieht.

217) Leipz. Komm. Anm. 6 zu § 168; Olshausen: Anm. 6 b.

218) Vgl. zu dieser Frage auch die Ausführungen unten auf S. 125.

219) Vgl. Goltd. Arch. Bd. 56, S. 76; RGSt. Bd. 39, S. 155.

220) und 221) Leipz. Komm. Anm. 6.

wird auch von Kahl[222]) vertreten, der meint, es bedürfe dazu erst besonderer gesetzlicher Bestimmungen. Trotzdem dürfte mit der gegenteiligen Lehre[223]) auch in diesem Falle das Vorliegen eines Grabes anzunehmen sein. Einmal ist es jetzt durchaus nicht mehr ungewöhnlich und auch in den Friedhofsordnungen vorgesehen[224]), daß die menschliche Asche in Urnen auf Friedhöfen beigesetzt wird, so daß hier kaum mehr ein Unterschied zu anderen Gräbern festzustellen ist. Daß darüber hinaus aber nicht nur die Friedhofsplätze, sondern auch andere der Beisetzung der menschlichen Asche dienende Stätten als Grab anzusehen sind, geht daraus hervor, daß in den partikularen Feuerbestattungsgesetzen in den Krematorien besondere Hallen zur Aufbewahrung der Urnen vorgeschrieben sind, die sogar teilweise (vgl. in Preußen § 3 Ziff. 4 des Gesetzes vom 14. 9. 1911) ausdrücklich als „Urnengrabstellen" bezeichnet werden.

Erst mit der Beisetzung der menschlichen Überreste wird der betreffende Ort zum Grab. Da jedoch das Grab nicht nur der Ruhe, sondern auch dem Andenken des Verstorbenen dient, muß die Stätte auch den Charakter als Beisetzungsstätte in würdiger Weise erkennen lassen. Allein durch Vergraben einer Leiche entsteht daher noch kein Grab; so wird z. B. weder durch das Einscharren eines Opfers durch den Mörder, noch durch die Beerdigung an unerlaubter Stelle ein Grab geschaffen[225]).

Die Eigenschaft als Grab behält die Beisetzungsstätte auch dann noch, wenn die Leiche bereits vollkommen zersetzt ist[226]); entscheidend ist, ob die Stätte noch ihrem besonderen Charakter durch würdige Ausstattung gerecht wird und so dem Andenken des Verstorbenen dient. Durch sorgfältige Pflege können Grabstätten noch lange Zeit den strafrechtlichen Schutz des § 168 genießen (so z. B. die Grabgewölbe verstorbener Herrscher). Fehlt es jedoch der

---

222) Vgl. Vergl. Darst. Bes. Teil, Bd. 3, S. 71.

223) Vgl. Meyer-Allfeld: S. 577; Olshausen: Anm. 6 a; Leipz. Komm. Anm. 6.

224) Vgl. Ziffer 4 der Friedhofsordnung f. d. Stadt Berlin v. 19. 4. 1922.

225) So: Olshausen: Anm. 6 a; Leipz. Komm. Anm. 6; Kahl: Vergl. Darst. Bes. Teil, Bd. 3, S. 70, dieser jedoch, weil objektive Bestimmung durch Friedhofsordnung fehlt.

226) Gl. M.: Leipz. Komm. Anm. 6, der auf Sächs. Arch. 1913, S. 320 Bezug nimmt. Auch das Erlöschen öffentlicher oder privater Nutzungsrechte am Grabe ist bedeutungslos: RGSt. Bd. 42, S. 116.

Beisetzungsstätte an solchen äußeren Zeichen ihrer Zweckbestimmung, ist sie nicht mehr Gegenstand des Andenkens des Verstorbenen und damit des Pietätsgefühls, wie es z. B. bei prähistorischen oder bei Hünengräbern der Fall ist, so liegt kein Grab im Sinne des Gesetzes vor[227]).

Soweit es sich nach den hier gekennzeichneten Gesichtspunkten um ein Grab handelt, wird es durch § 168 StGB. vor Zerstörung oder Beschädigung geschützt. Wenn auch das Strafgesetzbuch zwischen Zerstörung und Beschädigung unterscheidet, so liegt doch kein wesentlicher, sondern nur ein gradueller Unterschied vor, so daß sich eine genaue Abgrenzung der beiden Begriffe nicht geben läßt. Eine solche wäre aber auch ohne praktische Bedeutung. Denn die einzige praktische Folgerung könnte eine Auswirkung auf das Strafmaß sein. In dieser Beziehung macht aber das Gesetz keinerlei Unterschied, sondern stellt die Feststellung des Strafmaßes zweckmäßig in das richterliche Ermessen.

Immerhin ist doch eine allgemeine Feststellung, welche Handlungen den Tatbestand des § 168 erfüllen, gleichgültig, ob sie sich nun im einzelnen als Zerstörung oder Beschädigung darstellen, für die Klärung von Zweifelsfällen von Wert. Eine solche Frage taucht z. B. dann auf, wenn ein Grabmal weggenommen wird. In diesem Falle kann jedenfalls eine Bestrafung aus § 304 nicht stattfinden, weil das Grabmal lediglich eine örtliche Veränderung, also keine Beschädigung oder Zerstörung erfahren hat. Kann aber auch § 168 hier nicht Platz greifen? Stellt man sich hier auf den Standpunkt Franks, daß das Grabmal nicht zum Grabe gehört, so wird die Anwendbarkeit des § 168 zu verneinen sein[228]). Denn eine Einwirkung auf das Grab selbst würde in diesem Falle nicht vorliegen. Lediglich aus dem Gesichtspunkt des beschimpfenden Unfugs an einem Grabe (s. u.) könnte eine Bestrafung erfolgen. Richtiger dürfte es jedoch sein, mit der hier vertretenen Auffassung davon auszugehen, daß das Grabmal als mit zum Grabe gehörig anzusehen ist. Denn nach dieser Ansicht stellt sich die Wegnahme des Grabmals auch als Einwirkung auf die Substanz des Grabes dar, die auch eine erhebliche Veränderung der äußeren Erscheinung bedeutet. Bei

---

[227]) Gl. Meinung: Frank: Anm. II; Leipz. Komm. Anm. 6.

[228]) So: Goltd. Arch. Bd. 53, S. 441.

der Auslegung des § 168 ist doch vor allem zu berücksichtigen, daß hier Handlungen unter Strafe gestellt werden sollen, die – wie die Überschrift des II. Abschnitts ergibt – religiöse Gefühle verletzen. Als Beschädigung oder Zerstörung des Grabes sind daher alle diejenigen Handlungen aufzufassen, die am Grabe als Ganzem oder an Teilen desselben Veränderungen herbeiführen, die die Würde des Grabes beeinträchtigen.

Ähnliche Fragen tauchen auf, wenn es sich um auf dem Grabhügel wachsende Pflanzen handelt. Nach allgemeiner Auffassung[229]) stellt sich zwar das Herausreißen als Beschädigung des Grabes dar. Jedoch wird die Anwendbarkeit des § 168 für das Abpflücken von Blumen verneint[230]). Dieser Ansicht ist nur mit Vorbehalt beizustimmen. Im allgemeinen dürfte das Ergebnis wohl zu billigen sein, da das Abpflücken einer einzelnen Blume noch keine Pietätsverletzung darstellt. Werden jedoch auf einem reich mit Blumen geschmückten Grab sämtliche Blumen abgebrochen, so liegt darin eine erhebliche Verletzung der Würde des Grabes, die sich als Ausdruck pietätloser Gesinnung darstellt. Es wird daher im Einzelfalle zu prüfen sein, ob nach dem Grad und der Art der Einwirkung schon eine Beschädigung im Sinne dieser Bestimmung vorliegt[231]).

Die Wegnahme von lose auf das Grab gelegten Kränzen fällt nicht unter § 168[232]). Der Grund liegt hier jedoch darin, daß diese nicht zum Grabe gehören und daher eine Einwirkung auf das Grab selbst gar nicht stattfindet.

Befugte Beschädigung oder Zerstörung des Grabes bleibt straflos. Die Befugnis kann öffentlich- oder privatrechtlicher Natur sein. Insbesondere kommen hier die sich aus den Friedhofsordnungen ergebenden Rechte, das Privatrecht der Angehörigen, sowie bei Dritten deren Einwilligung in Betracht. Daneben sind reichs- und landesrechtliche Vorschriften von Bedeutung (u. a. § 87, 3; § 163 StPO.; § 10, II, 17 ALR.).

---

[229]) Vgl. RGSt. Bd. 42, S. 145, Recht 1914, S. 1431; Leipz. Komm. Anm. 7.

[230]) Frank: Anm. II; RGSt. Bd. 7, S. 190: keine Grabbeschädigung, wenn der Schaden in Geld schätzbar ist.

[231]) Nach dem Gesichtspunkt, ob eine Pietätsverletzung vorliegt, unterscheidet ebenfalls: Crusen S. 61.

[232]) So: Frank: Anm. II; Leipz. Komm. Anm. 7; RGSt. Bd. 21, S. 179.

Der erforderliche Vorsatz muß neben dem Bewußtsein, daß es sich um ein Grab handelt und dieses beschädigt oder zerstört wird, sich auch darauf beziehen, daß eine Befugnis nicht besteht, ohne daß es einer besonderen Verletzungsabsicht bedarf.

Die Angehörigen können zwar wegen Beschädigung oder Zerstörung des Grabes nicht nach § 168 bestraft werden; sie können sich jedoch der Verübung beschimpfenden Unfugs an einem Grabe schuldig machen. Als Unfug werden hier alle Handlungen zu verstehen sein, die sich in grober Weise über die am Grabe durch die Pietät gebotenen Schranken hinwegsetzen. Im Rahmen dieser Arbeit ist aber von besonderem Interesse, was hier mit dem Wort „beschimpfend" gemeint ist.

Jedenfalls wird es sich hier um einen Ausdruck der Mißachtung handeln müssen. Aber wem gegenüber wird nach der Ansicht des Gesetzgebers diese bezeugt? Hier kommen drei Möglichkeiten in Betracht: die Beschimpfung kann sich nämlich sowohl auf das Grab selbst als auch auf die Hinterbliebenen oder den Verstorbenen beziehen. Die Annahme, daß das Grab Gegenstand der Beschimpfung ist, würde sich darauf stützen können, daß nach den Worten des Gesetzes die Handlung an einem Grabe vollzogen werden muß. Worte bedeuten nach der jetzt wohl herrschenden Auffassung[233]): in unmittelbarer Nähe des Grabes und in Beziehung auf dasselbe. Danach könnte man vielleicht annehmen, daß auch die Beschimpfung sich gegen das Grab richten muß. Einer derartigen Ansicht wäre jedoch entgegenzuhalten, daß nur ein Mensch Gegenstand einer Beschimpfung sein kann, da die Beschimpfung eine Ehrenkränkung enthält. Das Grab kann sich daher nur als äußeres Angriffsobjekt darstellen, als Symbol für einen Menschen.

Die zweite Möglichkeit, daß nämlich die Beschimpfung sich gegen die Hinterbliebenen richten müsse, dürfte kaum den tatsächlichen Verhältnissen gerecht werden. Denn wenn man das Grab als äußeres Angriffsobjekt, als Symbol ansieht, so wird anzunehmen sein, daß sich die Beschimpfung gegen den Verstorbenen selbst richtet, dessen Ruhe und Andenken die Beisetzungsstätte gewidmet ist.

---

[233]) Vgl.: Frank: Anm. III; Crusen: S. 68; Binding: Lehrb. Bd. I, S. 87; Leipz. Komm. Anm. 11.

So ist es auch herrschende Lehre, daß die Handlung in dem Bewußtsein vorgenommen sein muß, daß sie sich als Ausdruck der Mißachtung des Verstorbenen darstellt[234]). Es genügt nach dieser Ansicht auch nicht, wenn der Täter durch die Beschimpfung des Toten die Gefühle der Angehörigen verletzen will. Daraus, wie auch allgemein aus der Tatsache, daß man also einem Toten noch seine Mißachtung in rechtserheblicher Weise bezeugen kann, müßte man eigentlich entnehmen, daß der Gesetzgeber dem Verstorbenen noch die passive Beleidigungsfähigkeit zubilligt. Diese Folgerung ist jedoch unzutreffend. Denn wie weiter unten[235]) näher auszuführen sein wird, geht das geltende Strafrecht von der Ansicht aus, daß durch Beschimpfung des Toten nur seine Angehörigen verletzt werden können, da nur der lebende Mensch Träger des Rechtsguts der Ehre sei. Hier zeigt sich jedoch, daß diese Auffassung des Gesetzgebers sehr bedenklich ist. Denn nach ihr müßte sich die Beschimpfung zwar äußerlich gegen den Verstorbenen richten, und auch subjektiv das Bewußtsein vorliegen, den Verstorbenen und nicht die Angehörigen zu beschimpfen; dennoch würde darin nur eine Beleidigung der Angehörigen, nicht aber des Toten zu erblicken sein. Die Auffassung des Gesetzgebers steht auch mit der Volksanschauung in Widerspruch; denn das Gesetz setzt ja gerade die von ihm bekämpfte Ansicht voraus: der Täter muß glauben, daß er mit seiner Handlung den Toten beleidigt.

Einer Erörterung bedarf noch die Frage, ob und inwieweit die allgemeinen Strafbestimmungen für das Grab und die dazugehörigen Gegenstände in Betracht kommen.

Im vorhergehenden zivilrechtlichen Teil war bereits festgestellt worden, daß das Grab und Totenbeigaben[236]) nicht res extra commercium oder herrenlose Sachen sind, sondern im Eigentum stehen. Während das Grab im engeren Sinne, also die sog. „immobiliare Umhüllung des Leichnams" im Eigentum des Friedhofseigentümers steht, verbleiben die Totenbeigaben im Eigentum der Geber. Es

---

[234]) So: RGSt. Bd. 39, S. 157; Bd. 42, S. 146; Recht: 1914, S. 2787; Bd. 48, S. 301; Frank: Anm. III; Leipz. Komm. Anm. 11.

[235]) Vgl. dazu S. 75 f.

[236]) Diese können theoretisch natürlich auch derelinquiert werden.

handelt sich also in allen Fällen um „fremde Sachen“ im Sinne des Strafrechts.

Die Strafnormen, die „fremde Sachen“ als Angriffsgegenstand voraussetzen, können daher hier in Anwendung gebracht werden. Insbesondere sind daher Diebstahl und Unterschlagung möglich, soweit es sich um bewegliche Sachen handelt. Als Gewahrsamsinhaber ist nach den im vorhergehenden Teil[237]) getroffenen Erwägungen der Friedhofseigentümer anzusehen. Da man wohl auch Friedhofswärtern und ähnlichen Personen keinen Gewahrsam, auch nicht in der Form des Mitgewahrsams, zubilligen kann[237]), wird bei diesen nur Diebstahl, nicht aber Unterschlagung anzunehmen sein.

Fraglich muß es jedoch zunächst erscheinen, ob auch Sachbeschädigung an Grab und Totenbeigaben begangen werden kann. ist nicht vielleicht die in § 168 unter Strafe gestellte Beschädigung oder Zerstörung eines Grabes eine Sonderbestimmung des § 303?

Diese Frage ist zu verneinen. Daß der Tatbestand der Sachbeschädigung nicht den des § 168 stets umfaßt, geht daraus hervor, daß zum Grabe auch derelinquierte Sachen gehören können, die nicht Gegenstände des § 303 sein können. Beide Bestimmungen decken sich eben deshalb nicht, weil sie den Schutz verschiedener Rechtsgüter bezwecken. Während es sich bei der Beschädigung oder Zerstörung eines Grabes nach der Überschrift des 11. Abschnitts um die Verletzung religiöser Gefühle handelt, stellt sich die Sachbeschädigung als ein Delikt gegen das Vermögen dar. Zwischen diesen Bestimmungen ist daher Idealkonkurrenz möglich.

Wie wird die Regelung dieser Materie nun in Zukunft aussehen? Der Entwurf bestraft in der dem § 168 StGB. entsprechenden Vorschrift (§ 183) die Verübung von beschimpfenden Unfug an der Beisetzungsstätte mit Gefängnis, ohne wie das geltende Recht eine Begrenzung der Dauer nach vorzunehmen. Der Ausdruck „Beisetzungsstätte“ umfaßt — wie in der Begründung ausgeführt wird[238]) — „auch die Stätten, an denen Urnen mit der Asche Verstorbener beigesetzt werden“ und behebt auf diese Weise die für das geltende Recht noch bestehenden Zweifel.

---

[237]) Vgl. S. 58 f.

[238]) Vgl. dort S. 93.

Die im geltenden Recht ebenfalls im § 168 geregelte Zerstörung und Beschädigung von Gräbern behandelt der Entwurf an anderer Stelle, nämlich bei der „gemeinschädlichen Sachbeschädigung" im § 327 Ziff. 2. Dort wird mit Gefängnis bedroht, „wer die Sachbeschädigung begeht: an einem Grabe, einer anderen Beisetzungsstätte oder einem Grabmal".

Bei dieser Bestimmung fällt bei der Fassung zweierlei auf; beides liegt jedoch in der gleichen Richtung: es handelt sich hier um einen Pleonasmus.

Zunächst erscheint die besondere Hervorhebung des Grabes unnötig, da ja der Ausdruck „Beisetzungsstätte" zweifellos auch den des Grabes mit umfaßt. Da so nicht recht einzusehen ist, welchen Sinn die besondere Aufführung des Grabes hat, hätte man besser schlechthin von „einer Beisetzungsstätte" sprechen sollen.

Der Entwurf hebt nun nicht besonders hervor, was alles zur setzungsstätte gehört. Die Begründung[239]) bemerkt, daß eine besondere Erwähnung nicht nötig sei, „da schon bisher die Rechtsprechung allgemein die Einfriedung (Gitter, Mauern) und die Blumenpflanzungen als zum Grabe gehörig ansah, und ein hinreichendes Bedürfnis für eine besondere Schutzvorschrift für lose auf das Grab gelegte Blumen nicht bestehe".

Bei dieser Erläuterung muß es verwunderlich erscheinen, daß das Grabmal noch besonders aufgeführt wird. Es ist zwar oben gezeigt worden, daß für das geltende Recht vereinzelt — hauptsächlich von Frank — das Grabmal nicht als zum Grabe gehörig bezeichnet wurde. Frank geht dort aber konsequent von der Ansicht aus, daß die ganze Ausschmückung nicht als zum Grab gehörig bezeichnet werden könne. Daß das Grabmal aber deshalb nicht als zum Grab gehörig zu betrachten ist, weil es sich nicht als Grabausschmückung darstellt, dürfte schwerlich zutreffen.

Die besondere Nennung dürfte auf den bisher geltenden § 304 StGB. zurückzuführen sein; denn um die Ansicht Franks abzuschneiden, hätte die Interpretation der Begründung schon genügt. Es würde sich daher empfehlen, im § 327 Ziff. 2 des Entwurfs allein die Worte „an einer Beisetzungsstätte" zu gebrauchen.

---

[239]) Vgl. dort S. 163.

Inhaltlich enthalten die Bestimmungen des Entwurfs außer daß hier ausdrücklich jede Beisetzungsstätte geschützt wird, nichts Neues gegenüber dem geltenden Recht. Ein Bedürfnis für sonstige Änderungen ist auch nicht anzuerkennen.

Im Zusammenhang damit sei noch erwähnt, daß der Entwurf im 10. Abschnitt unter der Überschrift „Störung des religiösen Friedens und der Totenruhe" im § 182 ein neues Delikt aufstellt: „Störung der Bestattungsfeier". Die betr. Bestimmung lautet folgendermaßen:

„Wer eine Bestattungsfeier mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt verhindert, wird mit Gefängnis bis zu zweiJahren oder mit Geldstrafe bestraft. Der Versuch ist strafbar.

Ebenso wird bestraft, wer absichtlich eine Bestattungsfeier durch Erregen von Lärm oder Unordnung oder auf andere Weise stört."

III. Der Schutz der Ehre des Toten.

Immer wieder handelt es sich in dieser Arbeit um das Problem: wie weit gibt es eine Fortwirkung der Persönlichkeit im Recht? Diese Frage hat besondere Bedeutung für den folgenden Abschnitt, in dem von dem Schutz der Ehre der Toten die Rede sein soll.

Billigt das geltende Recht dem Toten das Rechtsgut der Ehre zu und gewährt es strafrechtlichen Schutz? Die Frage muß verneint werden[240]). Das Strafgesetzbuch spricht nur einmal in dem mit „Beleidigung" überschriebenen 14. Abschnitt von der Beschimpfung des Andenkens des Verstorbenen. Die Handlung ist aber nach § 185 nur strafbar, wenn sie in ganz bestimmter Form erfolgt, nämlich durch Behauptung oder Verbreitung einer unwahren Tatsache, „welche den Verstorbenen bei seinen Lebzeiten verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet gewesen wäre".

---

[240]) So auch die herrschende Lehre, vgl. u. a.: Leipz. Komm. Anm. 1 zu § 189; Frank: Anm. I zu § 18; v. Liszt-Schmidt: § 95 II 2; Kissler: S. 35; Misch: S. 96. — Dagegen: Amsler: Beleidigung Verstorbener; Hirschberg: S. 125; Schwarz: Arch. f. Bürg. Recht, Bd. 32, S. 45.

Man könnte allein auf Grund dieser Bestimmung vielleicht annehmen, daß hier die Verletzung der Ehre des Toten unter Strafe gestellt ist. Auch allein die Tatsache, daß die Familienangehörigen im Absatz 3 als antragsberechtigt erklärt werden, würde dem nicht entgegenstehen. Denn diese Vorschrift könnte nur rein formelle Bedeutung haben und sich einfach daraus ergeben, daß der Tote ja nicht mehr zur Stellung des Antrags imstande ist.

Dennoch geht die gegenteilige Ansicht des Gesetzgebers aus den umstehenden Bestimmungen hervor. Zunächst weist auf die Unanwendbarkeit der §§ 186, 187 schon der Umstand hin, daß hier von einem „anderen" gesprochen wird. Da aber der Täter während der beleidigenden Handlung lebt und unter „ein anderer" wohl nur ein Rechtssubjekt verstanden werden kann, kann ein Toter nicht hierunter fallen. Aber auch für den im Zusammenhang damit stehender § 185 ergibt sich die Unanwendbarkeit für Tote. Denn während in dem darauf folgenden § 189 ausdrücklich gesagt ist, daß die Verfolgung nur auf Antrag der Eltern, Kinder oder Ehegatten des Verstorbenen eintritt, ist davon im § 185 keine Rede. Nun tritt nach § 194 die Verfolgung einer Beleidigung nur auf Antrag ein, und weder in § 185 noch in § 186 StGB. (§ 187 würde ja ohne weiteres durch § 189 ausgeschlossen werden) sind die Familienangehörigen als Antragsberechtigte genannt. Es muß daher angenommen werden, daß diese Vorschrift auf Tote nicht zur Anwendung gelangen. Das heißt aber, daß der Gesetzgeber dem Toten die Beleidigungsfähigkeit abspricht. Denn wenn § 185, also der allgemeine Tatbestand der Beleidigung, nicht für Verstorbene gilt, so darf auch nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber in einem Falle der Beschimpfung verstorbener, nämlich in § 189 doch dem Toten das Rechtsgut der Ehre zubilligen wollte.

Wenn man sich nun fragt, wer denn nun in § 189 als Verletzter anzusehen ist, so kommen nach den obenstehenden Ausführungen nur noch die Familienangehörigen in Betracht. Da ja gewöhnlich nur der Beleidigte antragsberechtigt ist, geht das auch aus der Bestimmung des Abs. 3 hervor.

In der Literatur herrscht jedoch darüber Streit, in welchen Rechtsgütern die Familienangehörigen in § 189 verletzt werden. Während einige glauben, daß die Angehörigen in ihrer Familien-

ehre[241]) (teilweise auch als Familiensolidarität modifiziert)[242]) verletzt sind, nehmen andere an[243]), daß das Delikt sich gegen das Pietätsgefühl richtet, mit dem sie des Verstorbenen gedenken. Frank[244]) verbindet beide Ansichten und gibt dem Delikt eine doppelte Richtung, indem er sowohl die Familienehre als auch das Pietätsgefühl als verletzte Rechtsgüter ansieht. Diese Auffassung dürfte auch den Vorzug verdienen. Dagegen, daß ein Delikt doppelte Richtung hat, dürfte prinzipiell kein Bedenken bestehen. Darauf, daß die Familienehre verletzt wird, deutet die Tatsache, daß § 189 StGB. in dem mit Beleidigung überschriebenen Abschnitt steht und daher auch ein Delikt gegen die Ehre darstellen muß. Da aber — wie oben gezeigt — der Gesetzgeber das Rechtsgut der Ehre für Verstorbene nicht anerkennt, muß an die Familienehre der Hinterbliebenen gedacht werden, die durch die Beschimpfung des toten Familienmitglieds verletzt wird. Insofern wird man den Angehörigen auch die Veröffentlichungsbefugnis aus § 200 StGB. zubilligen müssen[245]). Daß auch das Pietätsgefühl, mit dem die Familienangehörigen des Verstorbenen gedenken, bei dessen Beschimpfung verletzt wird, bedarf keiner weiteren Begründung. Für die davon verschiedene Frage, ob der Gesetzgeber auch diesen Verstoß gerade in § 189 unter Strafe stellen wollte, dürfte wohl sprechen, daß hier ausdrücklich von dem „Andenken" des Verstorbenen die Rede ist.

Wenn auch der Gesetzgeber in § 189 StGB. nicht die Ehre der Toten schützen wollte, so ändert das nichts an der Tatsache, daß auf diese Weise doch ein — wenn auch nur beschränkter — Schutz

---

[241]) v. Liszt-Schmidt: § 96, V, § 95, II, 2; Gerland: S. 385; Wachenfeld: S. 366 f.

[242]) Kissler: S. 35.

[243]) So: Misch: S. 96; Olshausen: Anm. 1; Meyer-Allfeld: S. 370; v. Gemmingen: S. 45; vgl. auch Binding: Lehrb. Bd. I, S. 188.

[244]) Frank: Anm. I zu § 189; ebenso im Anschluß an Frank: Leipz. Komm. Anm. 1.

[245]) Gleicher Meinung: Leipz. Komm. Anm. 6 zu § 200; Olshausen: Anm. 5a; Schwartz: StGB. Anm. 3a; Frank: Anm. I, 1. — Vgl. aber auch: Rechtspr. Bd. 1, S. 360; Binding: Lehrb. Bd. 1, S. 164. — Wie oben auch: Liepmann: Vergl. Darst. Bes. Teil, Bd. 4, S. 343; v. Gemmingen: S. 98; Kissler S. 59; Allfeldt: Dt. Strafr. Zeitung: 1919, S. 350.

der Toten tatsächlich geschaffen worden ist. Aber selbst dieser beschränkte Schutz ist auch in sich noch lückenhaft.

Beschimpft nämlich jemand einen Toten, von dem er fälschlich annimmt, daß er noch lebt, so kann er aus § 189 nicht bestraft werden, da ihm der § 59 zugute kommt[246]). Aber auch eine Bestrafung aus § 187 ist unmöglich, da hier — und auch das allein vom Standpunkt der subjektiven Theorie aus — nur Versuch vorliegen würde, der aber bei § 187 straflos ist. Ebenso liegt es im umgekehrten Falle, wo jemand einen Lebenden für tot hält. Hier wird eine Bestrafung aus § 187 durch § 59 ausgeschlossen, während die Anwendbarkeit des § 189 wegen der Straflosigkeit des Versuchs entfällt.

Im letzteren Falle ist allerdings praktisch doch eine Bestrafung möglich. Ist nämlich jemand für tot erklärt, so gilt er auch als „Verstorbener" im Sinne des § 189[247]). Wenn der Täter ebenfalls an den Tod des anderen glaubte, so kann daher eine Bestrafung erfolgen.

Die Feststellung, daß das geltende Strafgesetzbuch die Beschimpfung eines Verstorbenen nicht des Toten wegen bestraft, gilt in noch höherem Maße für die durch das Gesetz zum Schutz der Republik vom 25. März 1930 im § 5 geschaffenen Sonderdelikte. Hier wird in Ziffer 3 „mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft, wer öffentlich oder in einer Versammlung einen verstorbenen Reichspräsidenten oder ein verstorbenes Mitglied der Reichsregierung oder einer Landesregierung in Beziehung auf sein Amt beschimpft oder verleumdet".

Wie aus Namen und Sinn des Gesetzes, den umstehenden Bestimmungen (insbesondere Ziffer 1) und der Formulierung „in Beziehung auf sein Amt" hervorgeht, dient diese Bestimmung weder zum Schutze des Toten, noch religiöser Gefühle, sondern alle zum Schutz der „verfassungsmäßig festgestellten republikanischen Staatsform des Reiches oder eines Landes" (Ziffer 1).

---

[246]) Gl. M.: Leipz. Komm. Anm. 2 zu § 189; RGSt. Bd. 26, S. 34; Recht: 1913, S. 133. Beim Vorliegen von Eventualdolus ist jedoch eine Bestrafung möglich.

[247]) Gl. M.: Leipz. Komm. Anm. 2 zu § 189; Schwartz: § 189 Anm. 1; Kissler: S. 41; v. Liszt-Schmidt: § 96, V, Anm. 11.

Für das geltende Recht ist also zusammenfassend festzustellen: Das Gesetz bietet zwar objektiv einen beschränkten Schutz der Toten gegen Beschimpfung. Der Gesetzgeber erkennt aber eine Ehre der Toten und damit eine Beleidigungsfähigkeit nicht an.

Ist aber diese Auffassung des Gesetzgebers richtig? Gibt es wirklich keine Totenehre?

Es könnte vielleicht Bedenken erregen, wenn man nicht ohne weiteres diese Frage durch das Gesetz für beantwortet hält, sondern das Gesetz selber auf die Richtigkeit seiner Grundlagen prüfen will. Dennoch scheint mir eine dahingehende Betrachtung von Wert. Denn von der grundlegenden Einstellung in diesen Fragen wird die gesetzliche Gestaltung dieser Materie in der bevorstehenden Strafrechtsreform abhängen.

Wenn man sich fragt, ob auch gegenüber Toten noch eine Verletzung der Ehre in Betracht kommen kann, wird es zunächst notwendig sein, den Begriff der Ehre festzustellen.

Ist man — wie Binding[248]) — der Ansicht, daß bei der Beleidigung nicht die Ehre selbst Gegenstand des Deliktes ist, sondern der Wille, der auf Erhaltung der Ehre gerichtet ist, so kann die Frage, ob Tote beleidigt werden können, allerdings auch dann verneint werden, wenn man dem Toten Ehre zubilligen will. Denn einen dahingehenden Willen des Verstorbenen gibt es nicht.

Geht man aber mit der herrschenden Lehre davon aus, daß die Beleidigung sich gegen die Ehre selbst richtet, so wird eine Untersuchung des Begriffs der Ehre notwendig. Es ist zwar nicht erforderlich, auf die verschiedenen Begriffsbestimmungen im einzelnen einzugehen. Jedoch werden folgende Feststellungen zu machen sein.

Gegenstand der Beleidigung ist nicht der innere Wert des Menschen, der unverletzbar ist[249]). Die Beleidigung richtet sich vielmehr im Gegensatz zu dieser sog. „inneren" Ehre, gegen die äußere Ehre, die Geltung bei den Mitmenschen. Insofern dürfte, wenn man von unwesentlichen Unterschieden der Formulierungen absieht, Einigkeit herrschen.

---

[248]) Vgl. Lehrb. Bd. 1, S. 135.

[249]) So die allgemeine Meinung: Vgl. u. a. Leipz. Komm. Anm. 2 zu § 185; Frank: Abschn. 14, I; v. Liszt-Schmidt, § 95, II, 1; Specker: S. 91.

Eine Differenz entsteht jedoch dadurch, daß teilweise[250]) als Angriffsgegenstand neben diese äußere Ehre auch noch eine „Ehre im subjektiven Sinne" gestellt wird, worunter das Ehrbewußtsein, das Ehrgefühl, das Bewußtsein des Wertes, den man hat, und der Wille, der auf die Erhaltung dieses Wertes hält, verstanden wird.

Mit wenigen Ausnahmen[251]) sind sich aber die Schriftsteller darin einig, daß die Ehre nur dem Lebenden zuzuerkennen sei; der Tod führe notwendig zum Verlust der Ehre, da sie abhängig sei von der Fähigkeit, Rechtssubjekt zu sein[252]).

Will man der Auffassung folgen, daß auch die sog. „Ehre im subjektiven Sinne" Angriffsgegenstand der Beleidigung ist, so wird man freilich diese Folgerung ziehen müssen. Denn von einem solchen Ehrgefühl oder Ehrbewußtsein kann bei einem Toten jedenfalls nicht mehr gesprochen werden.

Die Richtigkeit dieser Ansicht muß jedoch bezweifelt werden. Es ist nicht anzuerkennen, daß die Beleidigung eine Verletzung des Ehrgefühls voraussetzt. Dagegen spricht m. E., daß der Tatbestand der Beleidigung auch nach allgemeiner Meinung[253]) schon dann vollendet ist, wenn die beleidigende Kundgebung zur Kenntnis eines Dritten gekommen ist, ohne daß es der Kenntnis des Beleidigten selbst bedarf. Der Beleidigte braucht also gar nicht „dabei zu sein". Ebenso ist es anerkannt, daß zum inneren Tatbestand der Beleidigung keineswegs der Vorsatz gehört, daß die beleidigende Kundgebung bewußt ist.

Diese Erwägungen führen aber dazu, der anderen Theorie den Vorzug zu geben. Angriffsgegenstand bei der Beleidigung ist demnach nur das Ansehen, die Geltung bei den Mitmenschen, der gute Ruf, nicht aber die „Ehre im subjektiven Sinne". Daß es in der Regel zu einer Verletzung des Ehrgefühls kommen wird, ändert nichts an der Tatsache, daß hierin kein notwendiges Tatbestandsmerkmal der Beleidigung liegt. Auch gibt es durchaus Fälle, in

---

[250]) Vgl. Leipz. Komm. Anm. 2 zu § 185; Frank: Abschn. 14, I; Liepmann: Vergl. Darst. Bes. Teil, Bd. 4, S. 250.

[251]) Vgl. Anm. 240.

[252]) So insbesondere Specker: S. 141.

[253]) Vgl. u. a.: RGSt. Bd. 26, S. 302; Bd. 48, S. 62; Goltd. Arch. Bd. 48, S. 298; Leipz. Komm. Anm. 11 zu § 185.

denen trotz der Tatsache, daß die Beleidigung Antragsdelikt ist, der Beleidigte von der Beleidigung keine Kenntnis zu haben braucht. Das ist nämlich dann der Fall, wenn ein anderer zur Stellung des Antrages berechtigt ist (§ 195, § 196).

Damit kommen wir aber zu der Frage, die den Ausgangspunkt dieser Überlegungen bildet: Sind Tote beleidigungsfähig?

Wir haben festgestellt: die Tatsache, daß der Tote von der beleidigenden Kundgebung nichts erfahren kann, schließt seine Beleidigungsfähigkeit nicht aus.

Hat er aber noch die zu fordernde äußere Ehre, hat er noch einen guten Ruf? Ich möchte diese Frage bejahen[254]). Denn wenn man überhaupt eine Fortwirkung der Persönlichkeit über den Tod hinaus in irgendeiner Form anerkennen will, so muß man diese Voraussetzung für gegeben erachten. Das Ansehen, die Geltung der Persönlichkeit bei Lebzeiten, das ist es ja gerade, was vom Menschen übrig bleibt. Der Mensch ist eben mit dem Tode nicht vollkommen aus der Welt verschwunden. Wenn auch sein Leib vergeht, so bleibt er doch im Munde der Mitwelt. Sein Ruf und Ansehen sind ja die Reaktionen, der Reflex der Menge auf die Auswirkungen seiner Persönlichkeit, sind das Spiegelbild seines Wesens. Dieses Bild ist aber nicht mit dem Menschen selbst identisch. Es verschwindet daher auch nicht ohne weiteres mit seinem Tode, sondern es verblaßt erst allmählich, bis es schließlich ebenfalls vergangen ist. Es gibt also eine Ehre und damit auch eine Beleidigungsfähigkeit bei Toten.

Der Entwurf steht offenbar ebenfalls auf dem hier vertretenen Standpunkt. Er führt im 24. Abschnitt erst die verschiedenen Formen der Beleidigung (§ 317: üble Nachrede, 320: Formalbeleidigung, 321: Vorwurf einer strafbaren Handlung) auf. Darauf wird im § 322 Abs. 1 festgestellt, daß die Beleidigung nur auf „Verlangen" des Beleidigten erfolgt. Von dieser Regelvorschrift folgen dann einige Ausnahmen. So werden im Abs. 2 verschiedene Fälle aufgezählt, in denen auch bestimmte andere Personen für berechtigt erklärt werden, das Verlangen auf Strafverfolgung zu stellen. Es heißt dann im Abs. 3: „Ist ein Verstorbener beleidigt, so wird die

---

254) In diesem Punkt beistimmend: Liepmann: Vergl. Darst. Bes. Teil, Bd. 4, S. 340; vgl. dazu auch hier: S. 95 f.

Tat nur auf Verlangen seines Ehegatten oder eines Kindes verfolgt. Sind Ehegatten oder Kinder nicht vorhanden oder vor Ablauf der Frist, innerhalb deren das Verlangen gestellt werden muß, gestorben, so wird die Tat auf Verlangen seiner Eltern, Großeltern, Enkel oder Geschwister verfolgt."

In der Begründung zum Entwurf wird verwunderlicherweise nicht von der hier besprochenen grundlegenden Abweichung vom geltenden Strafrecht gesprochen[255]). Hier wird vielmehr nur bemerkt, daß im Gegensatz zur „Beschimpfung des Andenkens Verstorbener" im geltenden Recht das Antragsrecht der Hinterbliebenen beim Entwurf im Falle der „Beleidigung eines „Verstorbenen" geändert worden sei.

Bemerkenswert ist, wie der im geltenden Recht oben aufgezeigte Mangel in den Fällen, wo jemand einen Lebenden, den er für tot hält (bzw. umgekehrt) beschimpft, im Entwurf behoben ist. Hier wird die Beleidigung von Lebenden und Verstorbenen einheitlich ohne materiellrechtliche Unterschiede bestraft und damit jeder diesbezügliche Irrtum der Täter unerheblich.

Dagegen könnte die formelle Regelung des Entwurfs Bedenken unterliegen. Steht man freilich wie das geltende Strafgesetzbuch auf dem Standpunkt, daß bei der Beschimpfung eines Verstorbenen die Familienangehörigen verletzt sind, so ist es durchaus folgerichtig, die Verfolgung auch von ihrem Strafantrag abhängig zu machen. Will man aber die Ehre des Toten schützen, so ist zunächst nicht einzusehen, warum nur dann eine Bestrafung erfolgen soll, wenn der Verstorbene Familienangehörige hinterlassen hat und diese gewillt sind, Strafantrag zu stellen. Soll wirklich ein Toter des gesetzlichen Schutzes entbehren, der vielleicht eine große Zahl von Freunden hat, die sein Andenken in Ehren halten, dessen Namen und Verdienste auch noch nach seinem Tode von der Allgemeinheit in Dankbarkeit gedacht wird, nur weil Antragsberechtigte nicht existieren oder von ihrem Recht keinen Gebrauch machen wollen?

Demgegenüber ist jedoch folgendes zu bedenken. Einmal sind die Hinterbliebenen in erster Linie berufen, die Ehre ihrer verstorbenen Angehörigen zu schützen. Wenn sie die Kundgebung, die sich mittel- oder vielleicht sogar unmittelbar auch gegen sie richtet,

---

[255]) Vgl. dort S. 161.

nicht als so kränkend ansehen, um Strafantrag zu stellen, so wird im allgemeinen überhaupt ein öffentliches Interesse nicht anzuerkennen sein. Im übrigen ist auch der Kreis der antragsberechtigten Angehörigen schon recht weit gezogen, so daß in der Regel Antragsberechtigte vorhanden sein werden. Wie es in der Begründung zum Entwurf [256]) heißt, sollte er nicht noch weiter erstreckt werden, „um insbesondere nicht das Recht der historischen Kritik zu sehr zu beengen".

Sind daher antragsberechtigte Hinterbliebene vorhanden, so wird eine öffentliche Klage ebenso wie bei der Beleidigung eines Lebenden im geltenden Recht nur bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses erhoben werden. Liegt nach Ansicht der Anklagebehörde ein solches nicht vor, so ist es in das Ermessen der Antragsberechtigten gestellt, im Wege der Privatklage die Bestrafung durchzusetzen.

Für die Fälle, wo tatsächlich keine Angehörigen mehr vorhanden sind, kann man deshalb billigerweise nicht verlangen, daß die Beleidigung in jedem Falle von Amts wegen verfolgt wird. Zwar kann — wie oben gezeigt — auch dann noch durchaus ein Bedürfnis nach strafrechtlicher Ahndung bestehen. Es erscheint angezeigt, in solchen Fällen ebenfalls einzuschreiten, wenn ein öffentliches Interesse an der Bestrafung besteht. Der Fassung des Entwurfs wäre deshalb zweckmäßig noch folgender Satz beizufügen:

„Sind zur Zeit der Begehung der Tat Verlangensberechtigte nicht vorhanden, so tritt die Strafverfolgung von Amts wegen ein, wenn die Klageerhebung im öffentlichen Interesse liegt."

Diese Erwägungen führen in das Gebiet des Strafprozeßrechts.

Auch hier ist wieder festzustellen, daß ein besonderer Totenschutz vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt war. Die Vorschrift des § 393 StPO., die von der Fortsetzung der Privatklage durch die Angehörigen nach dem Tode des Privatklägers handelt, bezieht sich nur auf eine an einem Lebenden begangene Tat. Obgleich hier aber der Angriff gegen die Ehre eines Lebenden bestraft wird, stellt sich diese Vorschrift dennoch als Schutz des Toten dar. Denn ist jemand Gegenstand einer Behauptung geworden, „welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet ist", so liegt ein Makel auf seiner Ehre, der erst be-

---

[256]) Vgl. dort S. 161.

seitigt wird, wenn die Unrichtigkeit der Behauptung öffentlich festgestellt ist. Auf diese Weise schützt auch § 393 das Andenken des Toten. Freilich ist die Bestimmung vom Gesetzgeber nur im Interesse der Familienangehörigen geschaffen worden. Das geht außer aus dem ihnen zustehenden Antragsrecht auch daraus hervor, daß nicht bei jeder Art der Beleidigung die Fortsetzung der Privatklage möglich ist, sondern ebenso wie in § 189 StGB. nur beim Vorliegen des Tatbestandes der Verleumdung. Nur in diesem Falle besteht — wie aus § 189 StGB. hervorgeht — nach Ansicht des Gesetzgebers ein schutzwürdiges Interesse der Hinterbliebenen an der Bestrafung. Aus dieser Parallelität der Bestimmungen des Strafgesetzbuchs und der Strafprozeßordnung ergibt sich, daß beiden Gesetzen die gemeinsame Auffassung zugrunde liegt, daß ein Schutz der Ehre bei Toten nicht in Betracht kommt.

Dieser Einstellung des Gesetzgebers entspringt auch die Vorschrift des § 361 StPO., die bestimmt, daß der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens durch den Tod des Verurteilten nicht ausgeschlossen wird. Auch hier soll lediglich der auf den Hinterbliebenen des Verurteilten ruhende Makel, den eine strafrechtliche Verurteilung in sich schließt, beseitigt werden. Daß der Gesetzgeber tatsächlich auch hier nur die Interessen der Angehörigen schützen will, geht außer aus den Bestimmungen des Strafgesetzbuchs und der Strafprozeßordnung, die oben besprochen wurden, auch aus der Tatsache hervor, daß die Wiederaufnahme des Verfahrens im Falle des Todes nur von bestimmten Familienangehörigen beantragt werden kann. Allerdings ist hier der Kreis der Antragsberechtigten weiter als in § 189 StGB. und § 393 StPO. gezogen: nicht nur Eltern, Kinder und Ehegatten des Verstorbenen, sondern alle Verwandten auf- und absteigender Linie sowie die Geschwister werden als Berechtigte angeführt. Diese Tatsache beruht wohl auf der Erwägung, daß die strafrechtliche Verurteilung eines Familienangehörigen weitere Kreise berührt, als es bei einer Beleidigung des Verstorbenen der Fall ist.

Gerade bei der Wiederaufnahme des Verfahrens steht aber die Auffassung des Gesetzgebers mit der der Allgemeinheit am wenigsten in Einklang. Insbesondere in letzter Zeit, wo die Wiederaufnahmeprozesse bei angeblich unschuldig Hingerichteten in der Öffentlichkeit lebhaft besprochen werden, hat sich mehr und mehr die

Ansicht Bahn gebrochen, daß diese Institution nicht zum Schutz der Hinterbliebenen bestimmt ist. Hier geht es vielmehr um zweierlei: einmal um die Ehre des Toten, die von dem auf ihr lastenden Makel gereinigt werden muß. Daneben steht aber noch ein anderes Interesse auf dem Spiel: das der Justiz und damit des Staates. Die Verurteilung eines Unschuldigen gefährdet das Ansehen des Staates, weil sie mit dem Gedanken der Wahrheit und Gerechtigkeit unvereinbar ist.

Verlangen aber in einem solchen Falle die Ehre des Toten und das Interesse des Staates die Wiederaufnahme des Verfahrens, so darf sie nicht von einem Antrag der Hinterbliebenen abhängig gemacht werden. Geht man daher in Zukunft mit § 322 Abs. 3 des Strafgesetzentwurfs davon aus, daß auch Toten noch Ehre zuzubilligen ist, so dürfte es zweckmäßig sein, wenn das für die Wiederaufnahme des Verfahrens zuständige Gericht bei Bekanntwerden von Wiederaufnahmegründen dem Toten einen antragsberechtigten Ehrenpfleger bestellt. Dessen Aufgabe würde es dann sein, die Wiederaufnahme des Verfahrens zu betreiben. Den Staatsanwalt mit diesem Amt zu betrauen, erscheint nicht ratsam, da hier leicht eine Interessenkollision eintreten könnte.

III. Der Schutz der Toten im Verwaltungsrecht.

Schon in den vorhergehenden Abschnitten ist mehrfach darauf hingewiesen worden, daß der Totenschutz zum großen Teil öffentlichrechtlicher Art ist.

Hier interessiert zunächst die Bestattungspflicht. Es ist zwar teilweise bestritten worden, daß die Beisetzungspflicht öffentlichrechtlicher Natur ist, doch sind stichhaltige Gründe dagegen nicht recht ersichtlich. Die Bestattung von Leichen liegt im öffentlichen Interesse. Die von v. Blume[257]) geäußerte Ansicht, die Polizei könne nur die Beseitigung, nicht aber die angemessene Bestattung des Leichnams fordern, kann nicht anerkannt werden[258]). Es ist zwar richtig, daß die Polizei in ihrer Eigenschaft als Gesundheits-, unter

[257]) Vgl.: v. Blume: Arch. f. d. Civ. Prax. Bd. 112, S. 415; auch S. 380; auch Schreuer: Festgabe für Bergbohm, S. 262, glaubt an die bürgerlich-rechtliche Natur der Begräbnispflicht.

[258]) Für die öffentlich-rechtliche Natur der Bestattungspflicht tritt auch ein: Planck: Anm. 2 a zu § 90 BGB.

Umständen auch als Verkehrspolizei, nur die Beseitigung des Leichnams verlangen kann. Es darf aber nicht übersehen werden, daß die Polizei auch zur Erhaltung der öffentlichen Ordnung berufen ist, zu der nach allgemeiner Auffassung auch die Sittenordnung gehört. In dieser Eigenschaft als Sittenpolizei kann sie dann, wenn die sittlichen Gefühle größerer Volkskreise verletzt werden, die nötigen Anstalten treffen. Sie kann daher gegen diejenigen, die durch Handlungen oder Unterlassungen das Pietätsgefühl verletzen, vorgehen. Diese Voraussetzungen sind aber gegeben, wenn ein Leichnam nicht von den bestattungspflichtigen Personen beigesetzt wird. In solchen Fällen kann also die Polizei den Angehörigen im Wege der Polizeiverfügung die Bestattung der Leiche aufgeben. Aus diesen Gesichtspunkten kann sie auch von den Bestattungspflichtigen des Leichnams verlangen, sondern eine würdige Beisetzung fordern, wie sie den herrschenden Sitten, insbesondere dem Pietätsgefühl der Allgemeinheit entspricht. „Störer" im polizeirechtlichen Sinne sind diejenigen, die nach Gewohnheitsrecht zur Bestattung verpflichtet sind, d. h. die Angehörigen[259]) oder in deren Ermangelung die Erben[260]).

Sind keine Angehörigen oder Erben mehr vorhanden, so muß die Polizei selbst für die Bestattung[261]) des Leichnams Sorge tragen. Das ergibt sich aus der oben aufgezeigten Aufgabe der Polizei, die nötigen Anstalten zu treffen, um den polizeiwidrigen Zustand zu beseitigen, der dadurch entstanden ist, daß der Leichnam eines Menschen unbeerdigt geblieben ist. In einem solchen Falle macht die Polizei also nicht etwa als Staatsorgan von einem dem Staat an jedem Staatsangehörigen zustehenden Persönlichkeitsrecht Gebrauch[262]), sondern handelt im Rahmen der ihr allgemein zugewiesenen Aufgaben. Das geht auch daraus hervor, daß die Polizei auch dann für die Bestattung eines Leichnams zu sorgen hat, wenn der Verstorbene bei Lebzeiten nicht Staatsangehöriger war.

---

[259]) Die Pflicht der Angehörigen entspricht ihrem ausschließlichen Recht, über die Bestattung zu bestimmen (vgl. dazu: S. 20 f.).

[260]) Deren subsidiäre Verpflichtung ergibt sich aus ihrer Kostentragungspflicht (§ 1968 BGB.).

[261]) U. U. auch Verwendung zu wissenschaftlichen Zwecken, die der idealen, öffentlichen Interessen halber nicht als pietätswiedrig empfunden wird.

[262]) So: Schreuer: Zeitschr. f. v. Rechtsw. Bd. 33, S. 345.

Das Bestattungswesen ist landesrechtlich geregelt. Das Reich hat von der ihm im Art. 10 der Reichsverfassung vorbehaltenen Grundsatzkompetenz keinen Gebrauch gemacht.

Für das Begräbniswesen sind in Preußen die Vorschriften des Allgemeinen Landrechts maßgebend, die gemäß Art. 133 EG. BGB. noch jetzt in Geltung sind[263]).

Vom Gesichtspunkt des Totenschutzes sind hier besonders die Bestimmungen von Bedeutung, die jedem einen Anspruch auf das Begräbnis auf dem öffentlichen Friedhof zusichern. Für die Mitglieder derjenigen Kirchengesellschaft, der der Friedhof gehört, ergibt sich dieser Anspruch ohne weiteres aus ihrer Mitgliedschaft; der Friedhof stellt sich als Teil des Kirchenvermögens dar (§ 160, II, 11 ALR.), so daß sich ihr Recht aus § 272, II, 11 ALR. ergibt[264]). Für Mitglieder anderer Kirchengesellschaften bestimmt § 189, II, 11:

„Auch die im Staat aufgenommenen Kirchengesellschaften der verschiedenen Parteien dürfen einander wechselweise, in Ermangelung eigner Friedhöfe, das Begräbnis nicht versagen." Außerdem kann gemäß § 190, II, 11 ALR. da, wo der Kirchhof erweislich nicht der Kirchengesellschaft, sondern der Stadt oder Dorfgemeinde gehört, „jedes Mitglied, ohne Unterschied der Religion, auch auf das Begräbnis daselbst Anspruch machen".

Darüber hinaus bestimmt § 188, II, 11 ALR. ganz allgemein:

„Ohne Erkenntnis des Staates soll niemandem das ehrliche Begräbnis auf dem öffentlichen Kirchhofe versagt werden."

Diese Bestimmungen enthalten öffentliches Recht[265]). Auch der Anspruch auf ein „ehrliches Begräbnis" ist nach heute geltender Anschauung als öffentlichrechtlicher Natur zu bezeichnen. Dennoch können nach herrschender Rechtsprechung[266]) solche Ansprüche im ordentlichen Rechtswege geltend gemacht werden. Denn zur Zeit des Inkrafttretens des Gerichtsverfassungsgesetzes wurden solche Streitigkeiten als „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten" im Sinne des

---

263) Vgl. u. a.: RGZ. Bd. 106, S. 189.
264) So: RGZ. Bd. 12, S. 280 f.
265) Vgl. RGZ. Bd. 12, S. 285.
266) Vgl. RGZ. Bd. 12, S. 280 f.; Bd. 71, S. 20; Bd. 106, S. 189.

§ 13 GVG. angesehen[267]). Als Niederschlag dieser Auffassung stellt sich auch noch Art. 133 EG. BGB. dar, dessen Stellung im Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch andeutet, daß „das Recht zur Benutzung eines Platzes auf einer öffentlichen Begräbnisstätte" als dem Privatrecht angehörig angesehen wurde.

Eine Ausnahme davon gilt allerdings kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung für Kommunalfriedhöfe, da sich diese als öffentliche Gemeindeanstalten darstellen[268]). Nach § 18 Ziffer 1 des Zust. Ges. v. 1. 8. 1883 wird nämlich über „Beschwerden und Einsprüche, betreffend das Recht zur Mitbenutzung der öffentlichen Gemeindeanstalten" im Verwaltungswege entschieden, und zwar beschließt hier zunächst der Gemeindevorstand, gegen dessen Beschluß die Klage im Verwaltungsstreitverfahren stattfindet.

Praktisch spielt bei diesen Streitigkeiten besonders die Frage eine Rolle, ob einem Verstorbenen das „ehrliche" Begräbnis gewährt worden ist. Es ist nämlich häufig der Fall, daß auf den Friedhöfen der Kirchengemeinden die Leichen von Mitgliedern anderer Religionsgemeinschaften, von Selbstmördern, Trinkern oder solchen Mitgliedern, die sich bei Lebzeiten nicht um die Einrichtungen der Kirche gekümmert haben, auf einem besonderen Friedhofsteil beigesetzt werden. Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung[269]) widerspricht jedoch eine solche Übung durchaus nicht dem Gesetz. Es gibt keinen allgemeinen Anspruch auf Beerdigung auf einem bestimmten Friedhofsteil, insbesondere nicht auf ein Begräbnis „in der Reihe"[270]), und Friedhofsordnungen, die für bestimmte Personenklassen die Bestattung auf einem besonderen Friedhofsteil vorsehen, sind daher rechtlich wirksam.

---

[267]) Vgl. z. B. Entsch. d. Pr. Obertribunals, Bd. 7, S. 137. — Vgl. zu Anm. 266 und 267 auch die Entscheidung des RG. v. 4. 1. 02 in Gruch. Beitr. Bd. 46, S. 1134 f., insbesondere S. 1137.

[268]) Vgl. die Entscheidungen OVG. Bd. 21, S. 124, und Bd. 51, S. 200, sowie vom 24. 2. 31 in JW. 1931 S. 1742 f.

[269]) Vgl. RGZ. Bd. 51, S. 189 f.; Bd. 12, S. 280 f.; OVG. Bd. 21, S. 124; OVG. Bd. 50, S. 200.

[270]) Vgl. die zu Anm. 169 angeführten Entscheidungen, insbesondere RGZ. Bd. 106, S. 189. Jedoch kann sich ein solcher Anspruch u. U. auf die Mitgliedschaft zu der Kirchengemeinde gründen, der der Kirchhof gehört. Vgl. RG. v. 4. 1. 02 (Gruch. Beitr. Bd. 46, S. 1137).

Durch diese Feststellungen wird aber nicht das Recht auf ein ehrliches Begräbnis beeinträchtigt. Denn die Beisetzung auf einem besonderen Friedhofsteil rechtfertigt allein noch nicht die Auffassung, daß dem Begräbnis hier die erforderliche Würde fehle. Ob ein ehrliches Begräbnis vorliegt, ist vielmehr stets nach den tatsächlichen Verhältnissen des Einzelfalls zu beurteilen. In allen Fällen besteht ein Anspruch darauf, daß das Begräbnis seiner Bestimmung in würdiger Weise gerecht wird. Nach Ansicht des Reichsgerichts[271]) ist unter „ehrliches Begräbnis" ein mit den üblichen Ehren und Feierlichkeiten veranstaltetes Begräbnis zu verstehen. Die erforderliche Würde würde z. B. fehlen, wenn an dem betreffenden Friedhofsteil Schutt und Gesträuch zu lagern pflegt. In solchen Fällen geht der Anspruch aber nicht ohne weiteres auf Umbettung der Leiche, sondern nur auf Beseitigung des unwürdigen Zustandes[272]). Nur dann, wenn sich die Stelle als dauernd untauglich erweist oder die Beklagte nicht diesen Teil zu einem würdigen Begräbnisplatz umwandeln will, entsteht ein Anspruch auf anderweite pietätvolle Bestattung.

Der Anspruch auf Gestattung des „ehrlichen Begräbnisses" konnte früher gemäß § 188, II, 11 ALR. durch „Erkenntnis des Staates" versagt werden. Diese Möglichkeit ist jetzt jedoch nicht mehr gegeben, da die §§ 803, II, 20 ALR. und 550, 551 Preuß. Krim. Ordn., die eine solche gerichtliche Entscheidung bei Selbstmördern und vor der Hinrichtung Verstorbenen vorsahen, in Wegfall gekommen sind[273]).

Der Anspruch auf ein ehrliches Begräbnis kann von den Hinterbliebenen des Verstorbenen, insbesondere von dem Ehegatten geltend gemacht werden[274]). Auf der anderen Seite sind Kirchengemeinden für die gegen das Gesetz verstoßenden Anordnungen des Vorsitzenden der Friedhofskommission (Pfarrer) verantwortlich, da er dabei

---

271) So: RGZ. Bd. 106, S. 191.

272) Vgl. dazu: RGZ. Bd. 106, S. 193.

273) Vgl. Rehbein-Reinke: ALR. Bd. 4, Anm. 77 (bei § 188).

274) Vgl. RGZ. Bd. 12, S. 280 f. (Vater); Bd. 106, S. 192 (Ehefrau); Bd. 71, S. 20 f. (Ehefrau); RG. v. 4. 1. 02 (Gruch. Beitr. Bd. 46, S. 1137: — Ehefrau —).

als ihr Willensorgan innerhalb des ihm zugewiesenen Geschäftskreises handelt[275]).

Vom Gesichtspunkt des Totenschutzes sind auch die Friedhofsordnungen von Bedeutung. Hier handelt es sich um autonome Satzungen der politischen oder Kirchengemeinden. Eine Reihe von diesen Bestimmungen beschäftigt sich mit Art, Umfang und Dauer des Nutzungsrechts[276]). Oft wird darin eine Verpflichtung des Grabstellenerwerbers zur ordnungsmäßigen Erhaltung des Grabes festgestellt. Die Grabstellen werden nur für eine bestimmte Reihe von Jahren oder bis zur Schließung der Friedhofsanlage abgegeben. Ein ewiges Recht kann nicht erworben werden. Die gewöhnliche Dauer richtet sich hauptsächlich nach der Zeitspanne, die für die Verwesung des Leichnams erforderlich ist, und je nach der Bodenbeschaffenheit sehr verschieden sein kann. Daneben sind aber hier auch Pietätsrücksichten maßgebend, so daß sich die Dauer praktisch auch bei sehr verschiedenen Bodenverhältnissen aneinander angleicht. Nach Ablauf dieser Frist können die Grabstellen wieder neu belegt werden, doch wird den Nutzungsberechtigten in der Regel das Recht eingeräumt, die Grabstelle auf die gleiche Dauer noch einmal zu erwerben. Schließlich ist noch zu bemerken, daß die Friedhofsordnungen gewöhnlich noch eine ganze Reihe von Bestimmungen enthalten, die dem Friedhof die seiner Bestimmung entsprechende Würde gewährleisten sollen.

Die übrigen Vorschriften der Friedhofsordnungen, die Dienstinstruktionen oder Bestimmungen polizeilichen Charakters enthalten[277]), sind im Rahmen dieesr Arbeit ohne besondere Bedeutung.

Das Feuerbestattungswesen ist in Preußen durch das Gesetz vom 14. 9. 1911 geregelt[278]). Es bezweckt neben gesundheitspolizeilichen Zielen insbesondere, dieser anfangs von weiten Volkskreisen als pietätlos gemißbilligten Bestattungsart die angemessene Feierlichkeit und Würde zu verleihen.

---

[275]) So: RGZ. Bd. 106, S. 188; Bruch. Beitr. Bd. 46, S. 1139; allgem. Bd. 31, S. 249.

[276]) Vgl. z. B. Friedhofsordnung der Stadt Berlin v. 19. 4. 1922, Ziff. 2, 6, 10 (Gem. Bl. d. Stadt Berlin J. Nr. 772).

[277]) Vgl. darüber: Gareis: Seuff. Bl. Bd. 70, S. 312.

[278]) Vgl. auch in Sachsen das ähnliche Bestimmungen enthaltende Gesetz vom 30. 11. 1920.

Die Feuerbestattung darf in Preußen nur in landespolizeilich besonders genehmigten Anlagen erfolgen (§ 1). Die Genehmigung darf nur Gemeinden oder solchen anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts erteilt werden, denen die Sorge für die Beschaffung der öffentlichen Begräbnisplätze obliegt, die also für eine würdige Beisetzung Gewähr leisten (§ 2). Die Genehmigung ist aber u. a. zu versagen, wenn die Einrichtungen den technischen Anforderungen nicht entsprechen (§ 3 Ziff. 2), „die äußere oder innere Ausgestaltung der dem Zwecke entsprechenden Würde ermangelt" (§ 3 Ziff. 3) oder zur Beisetzung der Aschenreste bestimmte „Urnenhallen" (Urnengrabstellen) nicht vorhanden sind.

Das Gesetz tritt auch dem früher oft geübten Mißbrauch entgegen, die Asche von Angehörigen nicht an würdiger Stätte beizusetzen, sondern in der eigenen Wohnung aufzubewahren, indem es (§ 6) bestimmt, daß „die Aschenreste von verbrannten Leichen" in einem für jede Leiche besonderen behördlich verschlossenen Behältnis entweder in der Urnenhalle (Urnengrab) oder in einer anderen behördlich genehmigten Bestattungsanlage[279]) beigesetzt werden müssen.

Diesen dem Totenschutz dienenden Vorschriften stehen diejenigen öffentlichrechtlichen Bestimmungen gegenüber, die die Sektion des Leichnams zu wissenschaftlichen Zwecken gestatten. Diese Vorschriften sind schon weiter oben[280]) erörtert worden, so daß ein näheres Eingehen hier nicht erforderlich ist.

Schließlich ist noch die Frage zu untersuchen, ob nicht die Polizei die oben im strafrechtlichen Teil aufgezeigten Lücken des geltenden Strafrechts, wie Straflosigkeit der Leichenschändung, sowie der Formalbeleidigung von Toten, durch Festsetzung von Kriminalstrafen in Polizeiverordnungen ausfüllen kann[281]).

Eine solche Möglichkeit besteht jedoch nicht. Zunächst muß festgestellt werden: auch solche in Polizeiverordnungen enthaltenen

---

[279]) Die Beisetzung von menschlichen Aschenresten in Urnen auf Friedhöfen ist jetzt bereits in den Friedhofsordnungen allgemein vorgesehen. Vgl. Berliner Friedhofsordnung v. 1914, 1922: Ziffer 4.

[280]) Vgl. hier S. 26, 27.

[281]) Gemäß § 6 i. PolVG.

Strafandrohungen würden sich als Landesstrafrecht darstellen[282]). Denn „Strafrecht ist jede von der Rechtsordnung des Reiches oder Einzelstaaten aufgestellte allgemein bindende Regel“ (strafrechtlicher Natur), „gleichviel, ob durch Gesetz, Verordnung oder Gewohnheit kundgeben“[283]). Die Gültigkeit solcher Polizeiverordnungen hängt daher davon ab, inwieweit hier eine Möglichkeit zur Schaffung von Landesstrafrecht gegeben ist. In dieser Beziehung ist maßgebend § 2 EG. StGB., der sich zwar unmittelbar nur mit dem Verhältnis des Strafgesetzbuchs zu dem schon vorhandenen Landesstrafrecht befaßt, der aber unter Heranziehung des § 5 EG. StGB. und des Artikels 12 der Reichsverfassung auch für die künftigen Landesgesetze zur entsprechenden Anwendung zu bringen ist. Danach ist für die Schaffung von Landesstrafrecht kein Raum, soweit die betreffende Materie Gegenstand des Strafgesetzbuchs ist. Das ist aber hier der Fall. Die hier in Frage kommende Materie: „Vergehen, welche sich auf die Religion beziehen“, weist zwar die erwähnten Lücken auf. Das ändert jedoch nichts daran, daß diese Materie immerhin doch wohl mit der Tendenz erschöpfender Regelung vom Gesetzgeber behandelt worden ist. Es besteht daher für die Polizei keine Möglichkeit, im Verordnungswege die Lücken des geltenden Strafrechts auszufüllen.

Es bleibt jedoch der Polizei unbenommen, in ihrer Eigenschaft als Sittenpolizei im Einzelfalle durch Polizeiverfügung die Fortsetzung pietätloser Handlungen zu verhindern.

Schlußbetrachtung.

Die geistigen Grundlagen eines „Schutzes der Toten“.

Übersieht man das geltende Recht in seiner Gesamtheit, so kommt man zu der Feststellung, daß das umfangreiche Gebiet des Totenrechts nur dürftige gesetzliche Regelung erfahren hat: an zivilrechtlichen Vorschriften fehlt es fast gänzlich, und die straf- und verwaltungsrechtlichen Bestimmungen weisen Lücken auf. Eine Klärung der auf diese Weise entstandenen Zweifelsfragen im Gesetzeswege wäre daher zu begrüßen. Solche Schaffung eines ein-

[282]) So Leipz. Komm. Anm. I, 3 zu § 2 EG. StGB. und RGSt. Bd. 35, S. 277.
[283]) So: Leipz. Komm. Anm. I, 3 zu § 2 EG. StGB.

heitlichen Totenrechts muß auf die geistigen Grundlagen dieser Materie zurückgehen. Der Gesetzgeber muß sich darüber klar sein, daß hier wesentlich andere Gesichtspunkte in Betracht kommen als bei anderen Rechtsgebieten, daß in der Hauptsache eine besonders starke Abhängigkeit von religiösen und philosophischen, insbesondere metaphysischen Weltanschauungsfragen besteht. Denn hier ist die Einstellung zum Tod und zum Toten von entscheidender Bedeutung.

In Einzelfragen wurden hier bereits die gegensätzlichen Gesichtspunkte erörtert. Doch soll nun zum Schluß versucht werden, die geistigen Grundlagen des Totenrechts in ihrer Gesamtheit zu überblicken und zu prüfen, ob man tatsächlich von einem Schutz der Toten sprechen kann.

Materialistische und idealistische Weltanschauung stehen sich hier gegenüber. Von den Ergebnissen naturwissenschaftlicher Forschungen geht der Materialismus aus. Er stellt die enge Abhängigkeit des Geistes von der Materie fest. Das Geistesleben ist für ihn nur Mechanik, nur physikalische oder chemische Auswirkung der Materie. Der Tod des Menschen, die Auflösung des Leibes, hat daher notwendig auch die Vernichtung der Seele zur Folge. Der Leichnam ist dementsprechend nur tote Materie, durch nichts von anderen Stoffen unterschieden. Es besteht daher auch vom Standpunkt des Materialismus keinerlei Grund, ihm eine rechtliche Sonderstellung zu gewähren. Aber auch sonst kann vom Standpunkt dieser Auffassung eine Fortwirkung der Persönlichkeit nach dem Tode im Recht nicht anerkannt werden.

Im schärfsten Gegensatz zu dieser Anschauung stehen die Ergebnisse, zu denen die in anderer Beziehung dem Materialismus verwandte Gedankenwelt des Spiritismus führt. Denn nach dieser Lehre sind die Geister der Verstorbenen sogar noch in der Lage, sich zu materialisieren und auf mannigfaltige Weise in die sichtbare Welt einzugreifen. Danach würde der Tote sogar noch im Besitze der Handlungsfähigkeit sein, so daß ihm auch die Rechtssubjektivität zuzubilligen wäre.

Der Spiritismus hat sich zwar in letzter Zeit in zunehmendem Maße verbreitet, ist aber noch nicht genügend in der Allgemeinheit durchgedrungen, um Anspruch auf rechtliche Berücksichtigung zu

machen. Er ist aber insofern von Interesse, als gerade hier deutlich wird, wie weit der Glaube an das Fortleben nach dem Tode entwickelt ist.

Anders ist es jedoch mit der kirchlichen Weltanschauung, die ebenfalls im Gegensatz zum Materialismus steht. Sie ist so verbreitet, daß sie eine entsprechende rechtliche Behandlung rechtfertigt.

Hier führt der Glaube an die Unsterblichkeit der Seele dazu, den Leichnam als Gegenstand religiöser Achtung zu behandeln. Denn der tote Menschenleib ist das frühere Kleid und das äußere Bild einer unsterblichen Seele. Für die vielen aber, die an die Auferstehung des Fleisches glauben, erhält der Leichnam eine ganz besondere Bedeutung durch den Gedanken, daß der Tote einst in dieser Gestalt wieder auferstehen wird. Der Glaube an die Unsterblichkeit der Seele fordert weiterhin, daß der Tote im Recht insoweit Anerkennung findet, als es sich nicht um seine körperliche, sondern um seine geistige Persönlichkeit handelt. Von diesem Standpunkt würde daher dem Toten auch z. B. die Beleidigungsfähigkeit zuzubilligen sein[284]).

Die kirchlichen Anschauungen sind auch in erster Linie bei den dem Totenschutz dienenden Bestimmungen maßgebend gewesen; das kommt z. B. dadurch zum Ausdruck, daß die Vorschrift des § 168 StGB. vom Gesetzgeber als Religionsvergehen bezeichnet wird.

Aber auch die große Zahl derjenigen Menschen, die dem kirchlichen Glauben innerlich fremd gegenüberstehen, huldigen nicht einer kraß materialistischen Anschauung. Es ist nicht nur der traditionsreiche kirchliche Glauben, in dem die meisten erzogen worden sind und der auch noch dann in dem Erwachsenen gefühlsmäßig nachwirkt, wenn er ihn vernunftmäßig nicht teilt. Es sind vielmehr noch eine ganze Reihe anderer Momente, die uns den Tod und damit auch den Toten zum besonderen Erlebnis werden lassen.

Einmal sind es die instinktmäßigen Gefühle unserer Vorfahren, die sich noch bis zur Gegenwart von Geschlecht zu Geschlecht vererbt haben. Es ist der Gedanke, daß sich beim Tod eines Menschen

---

[284]) Auch sonst sind religiöse Gedankengänge für das Totenrecht von Bedeutung. So wurde bereits erwähnt, daß der Gedanke, daß der Mensch wieder zur Erde zurückkehren müsse, dazu geführt hat, im katholischen Kirchenrecht die Feuerbestattung zu verbieten (vgl. S. 44).

unsichtbare, mächtige Gewalten offenbaren. Hier fühlt jeder, daß der Mensch doch der Natur, die er zu beherrschen glaubt, unterworfen ist und mit Riesengewalt wieder in das Nichts zurückgeschleudert wird, aus dem er kam. Dazu kommt das Bewußtsein, daß das fremde Schicksal auch unser eigenes ist, daß der Leichnam des anderen unser eigenes Zukunftsbild darstellt. Noch immer sind auch Spuren des alten Glaubens in uns lebendig, daß die Toten einst unwürdige Behandlung des Leichnams vergelten könnten[285]).

Dieser Gedankenkreis umgibt den Toten mit einer ganz besonderen Stimmung, die sich jedem mitteilt, der mit ihm in Berührung kommt. Angesichts des Leichnams einer ihm bekannten Persönlichkeit wird sich auch ein verstandesmäßig eingestellter Mensch nicht dieser Gefühle erwehren können. Und gerade beim Tode eines Menschen wird so recht die Unzulänglichkeit menschlicher Erkenntnis offenbar, so daß auch die naturwissenschaftlichen Forschungsergebnisse über die Abhängigkeit des Menschen vom Stoff, die Grundlagen des Materialismus, zweifelhaft erscheinen.

Oft wird gesagt, das Recht müsse von verstandesmäßigen Erwägungen, von Tatsachen ausgehen. Aber hier gibt es eben keine sicheren wissenschaftlichen Erkenntnisse, sondern nur Glauben. Der Gesetzgeber kann daher nur von den Anschauungen der Allgemeinheit ausgehen.

Aber auch die Tatsachen zeugen von der Fortwirkung der Persönlichkeit[286]). Denn jedem sichtbar wirken die Werke der Toten noch lange fort, ja die Nachwirkung großer Persönlichkeiten auf die Umwelt ist sehr häufig stärker als die Wirkung noch lebender Durchschnittsmenschen. Diese Wirkungen sind äußerlicher und geistiger Art: Christus wirkt z. B. noch heute, nach zwei Jahrtausenden, geistig und äußerlich bestimmend auf große Teile der Mensch-

---

[285]) Auf diese Weise erklärt sich wohl auch der schon zu Urzeiten geübte Brauch, den Toten Speise, Waffen und Schmuck mitzugeben. Jetzt liegt allerdings dieser Sitte nicht mehr jene Angst vor Strafe zugrunde; der Wunsch, dem Toten eine letzte Ehre zu erweisen, ist vielmehr jetzt Selbstzweck geworden.

[286]) Vgl. dazu: Schreuer: Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. Bd. 33, S. 333 f., dort auch weitere Literatur; weiter: Schreuer: Festg. S. 265; Gareis: Festg. S. 91, 92; Gareis: Seuff. Bl. Bd. 70, S. 318; Merkel: Sächs. Arch. Bd. 14, S. 679; Schwarz: Arch. f. Bürg. Recht, Bd. 32, S. 42 f., S. 45.

heit. Und wieviele Dichter und Künstler kommen uns noch nach langer Zeit durch ihre Werke seelisch so nahe, wie nur wenige Mitmenschen? Tatsache ist auch der Glaube, daß man dem Toten noch etwas gewähren kann. So ist der Brauch, dem Toten Gaben mit ins Grab zu geben, allgemein verbreitet. Und diese Sachen sollen gerade dem Toten, nicht aber den überlebenden Angehörigen gegeben werden. Pflegt man nicht auch Denkmäler und geistige Werke den Toten zu widmen?

Alle diese Gesichtspunkte werden dazu führen, im Recht die idealistische Auffassung zugrunde zu legen. Oft wird allerdings wie hier verschiedentlich gezeigt wurde — eine Kollision mit anderen gleichwertigen, insbesondere wissenschaftlichen Interessen eintreten, häufig werden auch praktische Notwendigkeiten den Totenschutz einschränken müssen.

Manche sind nun der Meinung, daß man nicht eigentlich den Toten ehre, sondern nur den früher Lebenden an seiner toten Hülle[287]). Dies dürfte jedoch, wie die obenstehenden Erörterungen zeigen, nicht der Fall sein. Denn gerade die Majestät des Todes gibt dem Toten die besondere Weihe, eine Bedeutung, die er als Lebender nie hatte.

Kann man nun aber wirklich von einem „Schutz der Toten" sprechen? Sind die Toten selbst Objekte des rechtlichen Schutzes? Ist es nicht vielmehr das Pietätsgefühl der Angehörigen, was hier geschützt wird, oder allgemein das Pietätsgefühl, das den Schutz der Toten verlangt?

Schon bei anderer Gelegenheit wurde hier gezeigt, daß nicht nur das Pietätsgefühl der Angehörigen geschützt wird, da auch dann ein Rechtsschutzbedürfnis besteht, wenn keine Angehörigen mehr vorhanden sind. Das Gefühl der Allgemeinheit ist stets verletzt, wenn in diese besondere Rechtssphäre eingegriffen wird. Denn die Toten bilden eben noch eine solche Rechtssphäre, die von der Allgemeinheit rechtlich geachtet wird, weil die oben geschilderte Fortwirkung der Persönlichkeit besteht. Wenn man dem Toten aber noch Werke widmen, Gaben ins Grab geben kann, dann müssen die Toten auch noch die Fähigkeit haben, als Schutzobjekte der Rechts-

---

[287]) So: Schreuer: Festg. f. Bergbohm, S. 270, 273.

ordnung zu gelten[288]), wenn sie auch der Rechtssubjektivität ermangeln.

Es fehlt hier auch nicht an der erforderlichen Beziehung zur Allgemeinheit. Denn diese empfindet den Eingriff in diese Sphäre der Toten als unrechtmäßig. Das ist aber das Kennzeichen dafür, daß hier wirklich ein Rechtsgut vorliegt. Es hat daher auch keinen rechten Wert, zu sagen: Geschützt werden nicht die Toten selbst, sondern das Gefühl, das den Schutz der Toten verlangt. Das würde nichts anderes[289]) sein, als wenn man behaupten würde: Nicht das Vermögen oder die Religion werden geschützt, sondern das Gefühl, das den Schutz des Vermögens, der Religion fordert. Denn tatsächlich muß ja in allen Fällen das allgemeine Rechtsempfinden verletzt werden. Nachdem man sich aber nun einmal daran gewöhnt hat, dieses allgemeine Rechtsempfinden zu zergliedern und in Form von Rechtsgütern nach außen zu verlegen, wird man auch hier zu der Feststellung gelangen: Die Toten stellen selbst das Rechtsgut dar, das von der Rechtsordnung geschützt wird. Es gibt also einen Schutz der Toten.

---

[288]) Gl. M.: Schwarz: Arch. f. Bürg. Recht, Bd. 32, S. 45; Schreuer: Festg. S. 265, und Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. Bd. 33, S. 335, 346.

[289]) Da es nicht erforderlich ist, daß das Rechtsgut bei einem Lebenden verletzt wird; denn nicht dieser einzelne wird geschützt, sondern das Rechtsgut selbst.

Druck: J. H. Burmeister, Liegnitz.

Lebenslauf.

Am 14. Oktober 1906 wurde ich in Charlottenburg als Sohn des Physikers Dr. Martin Tietz und seiner Ehefrau Margarethe, geb. Haack geboren. Von Ostern 1913 ab besuchte ich das Reformgymnasium in Berlin-Grunewald, das ich im Februar 1925 nach bestandener Reifeprüfung verließ. Ich studierte dann von 1925 bis 1928 an den Universitäten Berlin und Breslau Rechts- und Staatswissenschaften.

Im September 1928 meldete ich mich dann zur ersten juristischen Staatsprüfung, die ich am 4. Februar 1929 vor dem Prüfungsamt beim Kammergericht ablegte. Seit Ende Februar bin ich seitdem im Vorbereitungsdienst in Berlin tätig.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 2. März 1931 in Breslau.